

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**BONS COSTUMES, DIGNIDADE, NOJO E COMPAIXÃO**  
UMA PERSPECTIVA HUMANISTA-SENTIMENTAL DA CLÁUSULA DOS BONS  
COSTUMES

**HUGO LEONARDO CHAVES SOARES**

MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:  
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

LISBOA

2017

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**BONS COSTUMES, DIGNIDADE, NOJO E COMPAIXÃO**  
UMA PERSPECTIVA HUMANISTA-SENTIMENTAL DA CLÁUSULA DOS BONS  
COSTUMES

**HUGO LEONARDO CHAVES SOARES**

MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:  
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

Dissertação apresentada em sede do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor Augusto Silva Dias

LISBOA

2017

## AGRADECIMENTOS

Não me parece haver dúvidas de que, dentre as emoções morais, a gratidão é uma das mais importantes. Assim, em que pese a advertência do poeta no sentido de que citar é ser injusto – ante o risco de se esquecer daqueles que não se lembrou –, não posso me furtar de agradecer expressamente certas pessoas que foram essenciais a esse trabalho:

A todos meus familiares, que foram meu porto seguro neste que foi um dos períodos mais difíceis e turbulentos que já vivenciei. Em especial, a meus pais, José Walter e Maria Dulce, pela força que, cada um a seu modo, sempre me deram; a meus irmãos, Nando e Duda, que materializam tão bem o sentimento de fraternidade; e a meus avós, José Walter, por se dispor a ler e comentar essa dissertação, Maria Antonieta, pela genuína alegria com a qual sempre me recebe, e José Maria e Maria do Socorro, por me guiarem, onde quer que estejam, no caminho do Direito. Amo vocês todos.

Aos meus professores da Universidade de Lisboa: Professor Augusto Silva Dias, meu orientador, pelo verdadeiro desafio que me propôs ao sugerir o tema dessa dissertação, tão difícil quanto estimulante, além da afabilidade com que sempre me tratou e da liberdade que me conferiu durante a sua orientação; Professora Maria Fernanda Palma, que, apesar do pouco tempo de contato, foi a principal inspiração para o meu mergulho na área das emoções no Direito Penal; Professor Paulo de Sousa Mendes, cujo raciocínio rápido e preciso, conjugado com uma cortesia ímpar, estabeleceu, de forma indelével, um norte na minha vida acadêmica; e Professor João Curado Neves, pelas lições dadas no decorrer do curso.

A todos meus amigos, do condomínio, da escola, da faculdade, do mestrado e da vida, cujo exercício de compreensão e parceria garantiram minha sanidade no decorrer dessa dissertação. Não posso deixar de mencionar Tiago Ramacciotti, pelas palavras e ações, não só oportunas, mas efetivamente salvadoras; Jessica Hind, pela leitura e debate desse trabalho, bem como pelos constantes carinho, incentivo, dedicação e presença, nos momentos tristes e, sobretudo, nos momentos felizes; Victor Miguez, por representar e trazer a leveza de espírito nas situações mais pesadas; Carolina Manhães, pela torcida, compreensão e estímulo; Mariana Manhães, por todo o cuidado que sempre demonstrou em relação a mim; Daniele Artico, por compartilhar agonias de mestrandos; Daniel Carneiro, pela incessável disposição em ajudar; Ana Luiza Romano, pela atenção que supera distâncias; e Amanda Accioli, a quem há muito devo um agradecimento à altura da amizade. Agradeço, também, a Maria Correia, por ser um mar de bons dias, de conversas, de apoio, de risadas.

## RESUMO

Esta investigação tem por objeto a cláusula dos bons costumes, instituto jurídico cuja função reside na limitação da autonomia individual no âmbito do consentimento. Seu objetivo principal consiste na definição de seu conteúdo normativo, com vistas a contribuir para o debate doutrinário relativo ao assunto através de uma metodologia sentimentalista, isto é, desenvolvida a partir da interação entre o Direito e as emoções. Para tanto, dividir-se-á o trabalho em três capítulos. No primeiro, far-se-á um exame aprofundado das atuais perspectivas sobre o tema, classificando-as conforme as suas principais características, bem como identificando as suas falhas. No segundo capítulo, abordar-se-á a limitação dos modelos racionalistas em relação a questões como os valores sociais. A partir desta constatação, propor-se-á, ainda nesta parte, o estabelecimento de um modelo extrarracionalista baseado nas emoções, promovendo, para tanto, a sua fundamentação a nível filosófico e empírico. No capítulo final, estabelecer-se-á a relação entre a cláusula dos bons costumes e a dignidade humana, percebendo-se uma completa identificação entre o conteúdo de ambas. No mesmo capítulo, investigar-se-á, à luz do método sentimentalista, a composição do conteúdo emocional da dignidade, reconhecendo-se a atuação, no âmbito de sua dimensão objetiva, do sentimento de nojo, e, no âmbito de sua dimensão subjetiva, o sentimento de compaixão. Estudar-se-á, posteriormente, as características dessas emoções, com o intuito de definir a sua normatividade jurídica. Baseando-se nesta exploração, estabelecer-se-á um teste tripartite capaz identificar as condutas que violam a cláusula dos bons costumes, definindo, assim, seu conteúdo jurídico-emocional como o produto decorrente da interação normativa entre os sentimentos de nojo moral não associado à discriminação de grupos sociais e a compaixão empática. Em seguida, submeter-se-á a perspectiva elaborada nesse trabalho às críticas anteriormente feitas às demais perspectivas, de modo a testar a sua validade. Ao fim do trabalho, aplicar-se-á o teste desenvolvido a algumas situações práticas, demonstrando, destarte, a sua utilidade pragmática.

**PALAVRAS-CHAVE:** BONS COSTUMES, DIGNIDADE HUMANA, SENTIMENTOS, SENTIMENTALISMO, NOJO, COMPAIXÃO.

## **ABSTRACT**

The object of the present investigation is the good morals clause, a legal institute whose function consists in the limitation of the individual autonomy in the field of consent. Its main goal is to define its normative content, aiming to contribute with the doctrinal debate through a sentimentalist methodology, i.e., a methodology developed from the consideration of the interaction between the Law and the emotions. For this purpose, the work will be divided into three chapters. The first chapter will make an examination of the current perspectives on the subject, classifying them according to their main characteristics as well as identifying their failures. The second chapter will approach the limitations of rationalist models in relation to issues such as social values. From this point of view, it will propose, in this part, the establishment of an extra-rationalist model based on the emotions, promoting, for this objective, its groundwork on the philosophical and empirical levels. The final chapter will establish the relation between the good morals clause and human dignity, perceiving a complete identification between the content of both. This chapter will also investigate – through the sentimentalist method – the composition of the emotional content of the dignity, recognizing the role of the feeling of disgust in its objective dimension and the role of the feeling of compassion in its subjective dimension. Then, it will study the characteristics of these emotions, in order to define their legal normativity. Based on this exploration, it will establish a three-stage test capable to identify the conducts that violate the morals clause, thus defining its legal-emotional content as the product resulting from the normative interaction between the feeling of moral disgust non-related to the discrimination of social groups and the feeling of empathic compassion. After that, it will submit the perspective elaborated in this investigation to the same objections previously opposed to the other perspectives, in order to test its validity. By the end, it will apply the three-stage test to some practical situations, demonstrating, then, its pragmatic utility.

**KEY WORDS:** GOOD MORALS, HUMAN DIGNITY, SENTIMENTS, SENTIMENTALISM, DISGUST, COMPASSION.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>JUSTIFICATIVA DA INVESTIGAÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>QUESTÕES TERMINOLÓGICAS .....</b>	<b>17</b>
<b>METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>Objetivos específicos da investigação.....</b>	<b>18</b>
<b>Marco teórico da investigação .....</b>	<b>18</b>
<b>Hipótese da investigação .....</b>	<b>19</b>
<b>Estrutura da investigação .....</b>	<b>19</b>
<b>1. AS PERSPECTIVAS ATUAIS SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO-NORMATIVO DA CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES.....</b>	<b>21</b>
1.1. AS PERSPECTIVAS ABSOLUTAS.....	22
1.1.1. O sociomoralismo .....	23
1.1.1.1. O sociomoralismo puro .....	23
1.1.1.2. O instrumentalismo .....	29
1.1.2. O negacionismo .....	31
1.2. AS PERSPECTIVAS MODERADAS .....	38
1.2.1. O extranormativismo .....	39
1.2.1.1. O subjetivismo.....	39
1.2.1.2. O objetivismo .....	43
1.2.2. O normativismo .....	52
1.2.2.1. O reprovacionismo jurídico .....	53
1.2.2.2. O axiologismo humanista .....	55
1.2.2.2.1. O humanismo reconhecedor.....	59
<b>2. FUNDAMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA SENTIMENTAL .....</b>	<b>73</b>
2.1. OS LIMITES DA RACIONALIDADE E A JUSTIFICATIVA DE UMA CONCEPÇÃO SENTIMENTALISTA .....	73
2.1.1. O racionalismo entre a autoilusão e a autoparalisação.....	73
2.1.2. Os motivos para o estabelecimento de uma concepção sentimentalista do Direito .....	80
2.2. CRITÉRIOS DE VALIDAÇÃO .....	83
2.3. OS SENTIMENTOS NAS TEORIAS ATUAIS DA CRIMINALIZAÇÃO .....	85
2.4. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO SENTIMENTALISMO JURÍDICO.....	93
2.4.1. O sentimentalismo na filosofia .....	93
2.4.1.1. A questão da empatia.....	97
2.4.1.2. A questão do conteúdo das emoções .....	105
2.4.1.3. A questão da dedução do “dever ser” a partir do “ser” .....	109
2.5. CORROBORAÇÃO EMPÍRICA DAS NEUROCIÊNCIAS .....	114
2.5.1. A relação entre as emoções e os juízos morais .....	115
2.5.2. Evidências empíricas relativas a outros aspectos .....	119
<b>3. O CONTEÚDO JURÍDICO-SENTIMENTAL DA CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES.....</b>	<b>121</b>
3.1. A TRANSPOSIÇÃO DO PLANO MORAL PARA O PLANO JURÍDICO .....	121
3.1.1. Elementos para uma metodologia do sentimentalismo jurídico .....	124
3.2. A CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES .....	129
3.2.1. O nojo .....	136

3.2.1.1. Anatomia do nojo .....	137
3.2.1.2. A normatividade jurídica do nojo .....	143
<b>3.2.2. A compaixão .....</b>	<b>155</b>
3.2.2.1. Anatomia da compaixão .....	157
3.2.2.2. A normatividade jurídica da compaixão .....	163
<b>3.2.3. Síntese da cláusula dos bons costumes .....</b>	<b>172</b>
3.2.3.1. Submissão aos critérios de validação .....	173
3.3. BREVE INCURSÃO NAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO PRÁTICA .....	177
<b>3.3.1. Corrupção de substâncias alimentares .....</b>	<b>178</b>
<b>3.3.2. Sadomasoquismo .....</b>	<b>178</b>
<b>3.3.3. Extração e intervenções em partes do corpo humano .....</b>	<b>179</b>
<b>3.3.4. Transmissão de doenças venéreas .....</b>	<b>181</b>
<b>3.3.5. Dano .....</b>	<b>181</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>183</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>185</b>

*Aos bons amigos*



*Mein Vater du, so du mein Vater bist,  
Laß mich doch lieben dies verweste Wesen,  
Laß mich im Aase dein Erbarmen lesen!  
Ist das denn Liebe, wo noch Ekel ist?!*

*Jesus und der Äser-Weg  
Franz Werfel*

## INTRODUÇÃO

a) No âmbito do Direito Penal, discussões importantes, relativas sobretudo ao consentimento do ofendido, estão condicionadas à verificação da disponibilidade do bem jurídico em debate. Todavia, em que pese a relevância desta condição (haja vista que o prosseguimento da discussão varia em função da resposta dada à questão da disponibilidade), nota-se, na doutrina penal, um debate relativamente pouco aprofundado, principalmente no que tange aos bens jurídicos individuais<sup>1</sup>, a respeito dos institutos que afetam a disponibilidade dos bens jurídicos.

b) É neste contexto que se insere a cláusula dos bons costumes, objeto desta investigação. Verificada, de um modo ou de outro, em diversos ordenamentos, a referida cláusula desponta como uma das limitações tradicionais ao exercício da autonomia e, por conseguinte, do consentimento do ofendido.

Ocorre que, a despeito de sua função e presença, pouco se fez para o preenchimento aprofundado e sistematizado de seu conteúdo jurídico-normativo, abrindo-se espaço para uma leitura acriticamente moralizante do Direito, o que leva a um conflito, ao menos aparente, com um paradigma pluralista do fenômeno jurídico. A partir desta premissa, o presente trabalho buscará fornecer elementos para que se estabeleça um conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes que seja condizente com uma sociedade democrática e com o Estado de Direito.

## JUSTIFICATIVA DA INVESTIGAÇÃO

a) Para tanto, faz-se útil a observação de um breve panorama histórico-geográfico da cláusula de bons costumes dentro do sistema jurídico romano-germânico. Não há, contudo, qualquer pretensão de se promover um estudo exaustivo, seja do aspecto histórico, seja do geográfico. Busca-se somente, através deste esforço, demonstrar a relevância e dimensão da problemática tratada nesta dissertação.

---

<sup>1</sup> Os bens jurídicos coletivos, por apresentarem problemas referentes à titularidade, carecem de tratamento distinto. Por este motivo, pretende-se excluí-los do debate que se tenta estabelecer no momento.

b) Historicamente, a limitação da autonomia individual pela cláusula dos bons costumes remonta a um período anterior à Revolução Francesa, sendo um dos elementos do Antigo Regime que foram preservados no contexto das inovações revolucionárias<sup>2</sup>.

Desde aqueles tempos, seu conteúdo original a aproximava da ideia de moralidade, sobretudo a sexual, de modo que os atos reputados como contrários aos bons costumes consistiam nos atos imorais<sup>3</sup>.

É nesse contexto que se estabeleceu uma associação entre os bons costumes e aquilo que Danièle Lochak chamou de “termos semanticamente vizinhos”<sup>4</sup>: a moral e seus derivados, como moralidade, moralidade pública e desmoralização; a libertinagem e pornografia; e a indignidade.

No âmbito penal, além de representar um obstáculo ao consentimento, os bons costumes eram empregados como fundamento para a criminalização de condutas, sobretudo no domínio da sexualidade, como, por exemplo, a tipificação de comportamentos homossexuais. Com efeito, uma das ênfases do criticado projeto do Código Penal alemão “E 1962” foi justamente a proteção dos bons costumes<sup>5</sup>.

Todavia, a partir das décadas de 1960 e 1970, formou-se na Alemanha uma comunidade científica pautada por ideias como a vinculação do Direito Penal à proteção de bens jurídicos, que teve como resultado, entre outros, a retirada da regulação de comportamentos sexuais da esfera criminal<sup>6</sup>. Em Portugal, já na década de 1970, começou-se a perceber reflexos dessa superação da tutela penal dos bons costumes, como se observa com a revogação do crime de adultério em 1973. Movimento semelhante de indiferença penal aos bons costumes surgiu na

---

<sup>2</sup> Sobre a história da cláusula dos bons costumes durante o período de transição entre o Antigo Regime e o regime pós-Revolução Francesa, cf. GÉRAUD-LLORCA, Edith. L'introduction des bonnes moeurs dans le Code Civil. In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes moeurs*. Paris: PUF, 1994, p. 62 e ss.

<sup>3</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Art. 149º (Consentimento). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 437.

<sup>4</sup> LOCHAK, Danièle. Le Droit à l'Épreuve des Bonnes Moeurs. In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes moeurs*. Paris: PUF, 1994, p. 20 e ss.

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra seguido de A segurança pública no Estado de Direito*. Lisboa: AAFDL, 1995, p. 35.

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*, p. 36.

França a partir da década de 1980<sup>7</sup>. Foi nesta conjuntura político-criminal que perdeu força, no campo doutrinário, o critério da imoralidade como conteúdo dos bons costumes<sup>8</sup>.

Ocorre que, após a superação da hegemonia do binômio formado pelos bons costumes e moralidade coletiva, não houve um outro movimento doutrinário capaz de reagrupar os diversos posicionamentos num só bloco<sup>9</sup>.

Com efeito, passou-se a preencher o conteúdo dos bons costumes de diversas formas. A título ilustrativo, tem-se, de um lado, a corrente dos bons costumes como reprovação jurídica, proposta por Claus Roxin<sup>10</sup>. Por outro lado, tem-se a perspectiva de Bernd Schünemann<sup>11</sup>, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem<sup>12</sup>, que consideram a cláusula dos bons costumes incompatível com um Estado Democrático.

Noutra frente, promoveu-se uma resignificação da referida cláusula a partir de uma leitura pautada pelos valores constitucionais, como o faz Maria Fernanda Palma<sup>13</sup>. E, em sentido próximo, identificou-se a violação dos bons costumes com o atentado à dignidade da pessoa humana, consubstanciado na coisificação daquele que consente, visão defendida por Augusto Silva Dias<sup>14</sup>.

É neste contexto de ausência de posicionamentos pacíficos que se encontra o debate acerca da cláusula dos bons costumes atualmente, fato este que demonstra a relevância do presente estudo.

c) Sob uma ótica geográfica do estudo da cláusula dos bons costumes como limite ao consentimento do ofendido no Direito Penal, é possível dividir os ordenamentos jurídicos em

---

<sup>7</sup> MAYER, Danièle. Le Droit Pénal promoteur de la liberté des mœurs? In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes mœurs*. Paris: PUF, 1994, p. 56.

<sup>8</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Manuel da Costa. Art. 149º (Consentimento). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 437.

<sup>9</sup> As principais correntes e suas problemáticas serão devidamente trabalhadas posteriormente.

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 530.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 86.

<sup>12</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 548 e ss.

<sup>13</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 309 e ss.

<sup>14</sup> DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 126 e ss.

três grupos: i) aqueles que a inserem diretamente na legislação penal; ii) aqueles que a inserem na legislação extrapenal; e iii) aqueles que possuem outros critérios de limitação da autonomia.

No primeiro conjunto, incluem-se países como Portugal (art. 38, n.1 e, mais especificamente, art. 149, n.2, ambos do Código Penal português), Áustria (§90 do Código Penal austríaco) e Alemanha (§228 do Código Penal alemão).

Por constar expressamente no Código Penal, a utilidade, para as ciências criminais, do debate a respeito da cláusula dos bons costumes nestes ordenamentos mostra-se evidente, não havendo a necessidade de se discutir previamente a aplicabilidade deste instituto em sede da dogmática penal. Afinal, há uma relação direta entre o estudo da cláusula e questões dogmáticas.

Diferentemente, países como Brasil (art. 13 do Código Civil brasileiro), França (sobretudo o art. 6º do Código Civil francês) e Itália (art. 5º do Código Civil italiano), embora não prevejam a cláusula dos bons costumes como limitação do consentimento na legislação penal, o fazem de forma dispersa, sobretudo na legislação civil.

Tal fato levanta certos questionamentos sobre a necessidade de se respeitar a cláusula de bons costumes em sede do consentimento do ofendido no Direito Penal. Neste sentido, é preciso então definir de que forma se dá a interação entre normas penais e extrapenais. Noutras palavras, deve-se questionar se uma condição estabelecida na legislação civil é idônea para limitar, ou, ao menos, influenciar o exercício da autonomia em matéria criminal.

A esse respeito, é possível identificar duas tendências: a primeira, que aqui será chamada de dualista, considera que os bons costumes no Direito Penal possuem um conteúdo mais restrito do que os bons costumes no Direito Civil, sendo que, neste, estão associados à consciência ético-social, ao passo que, naquele, estão reduzidos à moralidade sexual<sup>15</sup>.

A tendência monista entende, por sua vez, que há uma equivalência entre o conteúdo jurídico da cláusula dos bons costumes de todos os ramos jurídicos<sup>16</sup>. Esta tendência mostra-se a mais adequada, pois evita uma tutela penal de um padrão único de moralidade sexual, o que não mais condiz com a realidade pluralista das sociedades contemporâneas.

Ademais, deve-se considerar que o Direito é uno, sendo que suas divisões refletem mais uma necessidade didática do que uma realidade essencial. A adoção da tendência monista

---

<sup>15</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122 e ss.

<sup>16</sup> *Idem, ibidem*, p. 123.

permite, assim, a preservação do princípio da unidade de ilicitudes no Direito<sup>17</sup>, evitando contradições normativas, ainda que entre ramos distintos.

De toda forma, vale ressaltar que alguns ordenamentos acabam permitindo, sem muita problemática, a inserção da cláusula dos bons costumes no Direito Penal através do condicionamento do consentimento à possibilidade de disposição válida do bem jurídico, como é o caso do art. 50 do Código Penal italiano.

Desta maneira, entende-se pela possibilidade do debate a respeito da influência penal da cláusula dos bons costumes nos países que não a preveem nas legislações criminais, demonstrando a relevância da presente investigação também para esses ordenamentos.

Outros ordenamentos, porém, elegem institutos diversos da cláusula de bons costumes para exercer a função de limite à autonomia para consentir no Direito Penal. Figura, como exemplo desse terceiro grupo, o México (art. 15, III, “a” do Código Penal Federal mexicano), que condiciona o consentimento do ofendido à natureza disponível do bem jurídico.

Mesmos nesses casos, é possível perceber uma utilidade do debate a respeito da cláusula dos bons costumes. Afinal, a definição dos critérios para se determinar a indisponibilidade de um bem jurídico não se encontra pacificada pela ciência penal<sup>18</sup>.

Deste modo, a definição de um conceito material de bons costumes pode permitir, seja a nível de inspiração e analogia, seja a nível de efetivo preenchimento, o estabelecimento de critérios efetivos para se identificar quais bens jurídicos são, ou não, disponíveis.

d) Convém apontar que, em tese, é possível traçar uma divisão pautada pela extensão da aplicabilidade da cláusula dos bons costumes. Com efeito, a incidência da cláusula

---

<sup>17</sup> PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

<sup>18</sup> Para se perceber esse debate, cf., com escopo meramente ilustrativo, ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 15. ed. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 2000, p. 287 e ss.; BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: Parte Generale*. 10. ed. Milão: CEDAM, 1978, p. 352 e ss.; CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: II. Reimp.* Coimbra: Almedina, 1993, p. 20 e ss.; FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 251 e ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4. ed. Milão: CEDAM, 2001, p. 262 e ss.; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 248 e ss.; MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2008, p. 225 e ss.; PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119 e ss.; e TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, 1969, p. 260 e ss.

usualmente está limitada à disposição do corpo ou da integridade física, como se vê, por exemplo, no Brasil e na Alemanha<sup>19</sup>.

Todavia, o ordenamento português, através do art. 38, n.1 do seu Código Penal, estende expressamente a aplicação dos bons costumes ao consentimento na ofensa a qualquer bem jurídico. Essa distinção, no entanto, normalmente não acarreta grandes problemas frente ao argumento de que, na prática, a relevância da cláusula dos bons costumes se esgota nas ofensas à integridade física, englobando nela a saúde<sup>20-21</sup>.

Por este motivo, torna-se possível a interação e o intercâmbio, com certas reservas, entre concepções desenvolvidas em diferentes países e a doutrina portuguesa. Contudo, como se verá, a ampliação do âmbito de incidência da cláusula dos bons costumes traz algumas implicações que serão levadas em conta no decorrer do trabalho.

e) A respeito do debate sobre os critérios de identificação dos bens jurídicos indisponíveis, cumpre esclarecer os motivos pelos quais a presente investigação optou por estudar a cláusula dos bons costumes em detrimento da questão da disponibilidade de bens jurídicos, que, a princípio, parece mais ampla e menos suscetível a visões moralistas.

Em primeiro lugar, trata-se de uma questão geográfica. Afinal, embora se pretenda promover um exame vasto e com pretensões de aplicabilidade para além do mundo luso-brasileiro, englobando a ciência jurídica como um todo, não se pode olvidar que, em virtude da trajetória acadêmica do autor, há um interesse maior para a solução de questões brasileiras e portuguesas. E, como visto, a cláusula dos bons costumes está presente, de uma forma ou de outra, em ambos os ordenamentos.

---

<sup>19</sup> No passado, houve um debate doutrinário na Alemanha a respeito dos limites de aplicação da cláusula dos bons costumes, havendo quem defendesse a expansão de sua incidência ao consentimento relativo a outros bens jurídicos, como ocorre em Portugal em função do art. 38, n. 1 do Código Penal português. Neste sentido, Edmund Mezger defendia a aplicação da cláusula dos bons costumes “a fatos puníveis afins”, cf. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Libro de Estudio Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 164. Similarmente, apesar da redação confusa, cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 101. Atualmente, contudo, a doutrina majoritária alemã tende a circunscrever a sua aplicabilidade somente aos atos de disposição da integridade física. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 537 e ss.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 481 e ss.

<sup>21</sup> Todavia, reconhece-se a possibilidade, rara, mas não inexistente, de aplicação da cláusula dos bons costumes a outros crimes, o que será trabalhado no momento oportuno. Neste sentido, merece destaque a aplicabilidade a certos casos de crime de dano. A esse respeito, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 550 e ss.

Contudo, a questão geográfica não pode ser um motivo determinante por si só, posto que se adota, aqui, uma concepção universalista da ciência jurídico-penal, cujo interesse deve prevalecer sobre as fronteiras nacionais<sup>22</sup>. Há, todavia, um outro motivo pelo qual se optou por investigar a cláusula dos bons costumes ao invés da natureza disponível dos bens jurídicos.

Entende-se que não é técnica a discussão a respeito da qualidade disponível ou indisponível de um bem jurídico, haja vista que a indisponibilidade de bens é menos uma questão de essência e mais uma questão de grau.

Neste sentido, é de se apontar que o próprio bem jurídico vida, que, por muito tempo, foi tido como absolutamente intangível, vem cedendo, em alguns ordenamentos, à autonomia da vontade, de modo a tornar-se lícita a sua disposição em situações extremas, como a eutanásia<sup>23</sup>.

Parece mais adequado, portanto, promover-se uma discussão sobre atos proibidos de disposição de bens jurídicos do que acerca de uma disponibilidade ou indisponibilidade inerentes a esses bens. Neste contexto, um dos institutos que incidem na proibição de atos de disposição é certamente a cláusula dos bons costumes<sup>24</sup>. Justifica-se, deste modo, a opção desta investigação.

f) Demonstrada a justificativa a nível histórico e geográfico, bem como o motivo pelo qual se delimitou o tema ao conteúdo da cláusula dos bons costumes, cumpre evidenciar a utilidade desse estudo a nível jurídico-dogmático.

Além do fato de que o preenchimento do conteúdo da cláusula dos bons costumes possui uma utilidade em si mesmo, o presente trabalho tem o potencial de oferecer outros dois contributos para a doutrina jurídica em geral e a penal em especial.

Primeiramente, observa-se que, em última instância, o debate acerca da cláusula dos bons costumes se insere na discussão a respeito dos limites da autonomia individual, tema de

---

<sup>22</sup> Sobre a concepção universalista da ciência penal, cf. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 37; igualmente, *Idem*. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 51 e ss.

<sup>23</sup> Neste sentido, cf. GARCÍA RIVAS, Nicolás. Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea. In: *Revista Penal*, n. 11, 2003.

<sup>24</sup> Em igual sentido, cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 252.



grande interesse<sup>25</sup> tanto no campo do Direito Penal, como em outros ramos jurídicos e até mesmo em domínios extrajurídicos, como a bioética. Assim, o esforço para se estabelecer critérios dogmáticos de limitação da autonomia se revela de grande relevo acadêmico e científico.

Tal fato, analisado autonomamente, já parece se mostrar suficiente para justificar a pesquisa. Todavia, um estudo sobre a cláusula dos bons costumes permitirá, em virtude da associação com a dignidade da pessoa humana promovida por alguns autores<sup>26</sup>, uma densificação do conceito desta última, assunto também de grande interesse doutrinário<sup>27</sup>. Entende-se, portanto, que o tema desta investigação se demonstra justificado no plano jurídico-dogmático.

g) Deve-se reconhecer que a análise da cláusula dos bons costumes, quando observada à luz das ciências criminais, levanta dois problemas distintos, embora, de certa forma, relacionados. Para além da já apresentada questão da definição do conteúdo jurídico-normativo da cláusula, há ainda a problemática de sua compatibilização com o princípio da taxatividade no Direito Penal<sup>28</sup>.

O foco do presente exame será mantido no primeiro problema, por dois motivos. Primeiramente, sua amplitude, sobretudo quando se leva em consideração a já mencionada

---

<sup>25</sup> A respeito de obras que trataram, na última década, da autonomia e seus limites, cf. DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010; MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015; e OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, Antônio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>26</sup> Sobre o relacionamento entre a cláusula dos bons costumes e a dignidade da pessoa humana, cf. DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127 e ss. Em sentido contrário, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 531 e ss.

<sup>27</sup> Sobre abordagens acerca do tema nos últimos dez anos, cf. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009; NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015; e OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, Antônio Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>28</sup> Como introdução a esta discussão, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 538 e ss.

associação entre o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes e o da dignidade da pessoa humana.

O segundo, e talvez mais importante motivo, é a relação de anterioridade que a questão da definição do conteúdo da cláusula dos bons costumes mantém com a problemática da taxatividade.

Afinal, para se saber se a indeterminabilidade do conteúdo da cláusula é tolerável ou não à luz da exigência de uma lei certa e determinada no Direito Penal, é preciso definir primeiro até que ponto esse conteúdo é indeterminado.

Assim, em que pese a relevância do estudo acerca da relação entre a referida cláusula e o princípio da taxatividade, reserva-se esse tema para uma outra oportunidade, por se entender que tal esforço demandaria uma investigação autônoma.

## QUESTÕES TERMINOLÓGICAS

a) Convém estabelecer, desde o princípio, duas escolhas terminológicas feitas nesta investigação. Primeiramente, as expressões “emoção” e “sentimentos” serão tratadas como sinônimas, muito embora se reconheça a possibilidade de traçar uma distinção conceitual entre elas<sup>29</sup>. Igualmente, não se fará qualquer diferenciação entre os termos “nojo”, “asco” e “repugnância”.

## METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO

a) Cumpre, também, explicar os aspectos metodológicos do presente estudo. Como é possível depreender do que foi exposto, o escopo geral do trabalho é preencher o conteúdo jurídico-normativo da cláusula dos bons costumes como limitação ao consentimento do ofendido no Direito Penal.

---

<sup>29</sup> Cf. DAMÁSIO, António. *O Erro de Descartes: Emoção, razão e cérebro humano*. Lisboa: Temas & Debates – Círculo de Leitores, 2011, p. 194 e ss.; e PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 84.

## Objetivos específicos da investigação

a) Para facilitar a abordagem e a realização dessa finalidade, adota-se três objetivos específicos: i) identificar e analisar criticamente a relação entre a cláusula dos bons costumes e a dignidade da pessoa humana; ii) identificar e preencher o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana; e, por fim, iii) identificar e preencher o conteúdo jurídico-normativo da cláusula dos bons costumes. É a partir desses três objetivos que a presente pesquisa buscará construir sua estrutura.

## Marco teórico da investigação

a) A abordagem do tema será baseada numa concepção do Direito focada na interação normativa entre o fenômeno jurídico e as emoções ou sentimentos<sup>30</sup>. O devido aprofundamento dessa concepção de seus fundamentos e de sua metodologia ocorrerá no decorrer deste trabalho e configura, também, uma possibilidade de se contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica.

b) Subjacente à argumentação empregada na dissertação, existirá, de forma às vezes implícita, às vezes explícita, uma preocupação em buscar e manter um equilíbrio entre a apologia cega da ciência penal e a sua crítica autoparalisante<sup>31</sup>.

Ou seja, buscar-se-á, por um lado, promover uma perspectiva crítica da realidade, não aceitando apologeticamente os fatos simplesmente porque eles existem; e, por outro lado, evitar-se-á uma postura de crítica total da realidade, que enclausuraria a ciência penal num mundo próprio e sem diálogo com os demais atores sociais, passando estes a ignorá-la completamente.

---

<sup>30</sup> Sobre os estudos que fundamentam essa concepção, cf. ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who's afraid of Law and the Emotions? In: *Minnesota. Law Review*, vol. 94, n. 6, 2010; HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888; MARONEY, Terry A. Law and Emotion. In: *Law and Human Behavior*, vol. 30, 2006; NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001; PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007; e TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

<sup>31</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

### **Hipótese da investigação**

a) É a partir dessa concepção que se discutirá a hipótese principal dessa investigação, qual seja, a de que a cláusula dos bons costumes possui um conteúdo normativo fundado na interação entre duas emoções: por um lado, o nojo, atuando como fundamento, e por outro a compaixão, operando como limite.

### **Estrutura da investigação**

a) Cabe, por último, discorrer sobre a estrutura da investigação. O trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará as perspectivas já existentes a respeito do conteúdo da cláusula dos bons costumes, promovendo-se uma análise de crítica de seus argumentos e de suas falhas.

Para tanto, subdividir-se-á o capítulo em duas seções. O primeiro será dedicado às perspectivas absolutas, abordando inicialmente as correntes que acolhem abertamente a moral como conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes, e, em seguida, os pontos de vistas que a repudiam completamente.

Na segunda seção do primeiro capítulo, serão estudadas as abordagens moderadas, consistindo num exame das perspectivas extranormativistas, que buscam conferir um conteúdo autônomo e supralegal à cláusula dos bons costumes, e, também, das correntes normativistas, que associam a cláusula a dispositivos normativos, em especial as vertentes que dialogam com a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, far-se-á uma investigação a respeito dos limites da racionalidade, bem como dos motivos pelos quais se deve adotar uma concepção sentimentalista do Direito.

Ainda neste capítulo, serão estabelecidos os critérios de validação para uma eventual perspectiva a ser elaborada, e, por fim, serão construídas as bases filosóficas que, em conjunto com evidências empíricas, fundamentarão o sentimentalismo jurídico.

No terceiro e último capítulo, será feita a transposição dos fundamentos filosóficos do sentimentalismo para o plano jurídico, desenvolvendo um esboço de metodologia do estudo das emoções no Direito. A partir daí, estudar-se-á os sentimentos de compaixão e nojo, associados à ideia de dignidade, a fim de se identificar o caráter normativo de ambos e testar a hipótese dessa investigação.

Ao fim do terceiro capítulo, submeter-se-á a teste a perspectiva desenvolvida, contrapondo-a aos critérios de validação, bem como observando algumas aplicações práticas, com o fito de verificar a sua adequação e capacidade de rendimento.

Por fim, far-se-á a conclusão da presente investigação, rememorando os principais pontos estabelecidos no decorrer do trabalho e concatenando-os, de modo a facilitar a compreensão do raciocínio construído.

## 1. AS PERSPECTIVAS ATUAIS SOBRE O CONTEÚDO JURÍDICO-NORMATIVO DA CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES

a) Como visto anteriormente, a doutrina divide-se em diversas correntes, que tentam preencher, cada qual a seu modo, o conteúdo jurídico da cláusula dos bons costumes. Portanto, para uma análise aprofundada do tema, faz-se mister conhecer, primeiro, as propostas e limitações de cada uma dessas perspectivas.

b) Na literatura atual sobre o tema, é possível encontrar uma distinção dualista da doutrina: há, por um lado, a perspectiva subjetivista, que extrai o conteúdo da cláusula dos bons costumes de um sentimento social de equidade e justiça; e, por outro, há a visão objetivista, que retira o conteúdo de uma ordem objetiva de valores<sup>32</sup>.

A corrente subjetivista padeceria de duas falhas: a primeira de natureza sociológica, haja vista que não responde como se pode ter acesso ao sentimento da coletividade; e a segunda de caráter normativo, pois não indica qual seria o conteúdo da equidade e justiça<sup>33</sup>.

Por sua vez, a vertente objetivista não se revela menos problemática. Primeiramente, pois a menção a uma ordem axiológica objetiva representa apenas uma superação aparente do problema normativo do subjetivismo. Afinal, a concepção do que é materialmente justo continua a depender das concepções pessoais do julgador, resvalando, assim, na arbitrariedade<sup>34</sup>.

Ademais, ao fundar sua base nesse conjunto axiológico universal, o objetivismo acabaria por retirar a transparência das decisões, posto não informar quais os valores que estariam contidos nessa ordem<sup>35</sup>.

c) Uma das principais características da distinção dualista é a generalização. Porém, há um problema na lógica das generalizações: quanto maior a generalização, mais abrangente e menos lacunosa ela será, porém ela igualmente será mais difusa e abstrata<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 541 e ss.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p. 541 e ss.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*, p. 542.

<sup>35</sup> *Idem, ibidem*, p. 542.

<sup>36</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 60.

Embora esse problema tenha sido identificado numa análise sobre a questão específica da tipificação penal, o mesmo raciocínio pode ser aplicado a qualquer forma de categorização descritiva, incluindo, aí, as classificações doutrinárias.

Assim, critica-se a distinção dualista por não promover uma abordagem concreta de cada perspectiva, englobando correntes que possuem características muitas vezes incompatíveis. No âmbito da obra de onde se extraiu tal distinção, cujo objeto de estudo era muito mais amplo do que o da presente investigação, talvez faça sentido uma abordagem generalista, já que a cláusula dos bons costumes representaria apenas uma das questões a serem tratadas.

Todavia, num estudo voltado justamente para o preenchimento do conteúdo dos bons costumes, parece ser mais exigível uma análise pormenorizada das diferentes correntes. Com efeito, como se verá, o universo de teorias que buscam explicar o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes é demasiadamente amplo para ser agrupado, sem simplificações, em apenas dois conjuntos que não apresentam qualquer outra ramificação.

Levando isto em consideração, julga-se necessária uma abordagem mais minuciosa acerca das teorias que tentam preencher a ideia de bons costumes. Assim, rejeita-se a divisão dualista para se adotar uma categorização mais plural, que se reputa mais apta a promover uma visão aprofundada do tratamento doutrinário da questão.

### 1.1. AS PERSPECTIVAS ABSOLUTAS

a) As perspectivas absolutas serão assim denominadas por defenderem posições que não comportam relativizações em relação ao conteúdo original moral da cláusula dos bons costumes. Ou seja, elas consideram a vinculação dos bons costumes à moral como algo indiscutível, e, por isso, absoluto, cabendo debater apenas se ela é ou não admissível no Direito, sobretudo o Direito Penal.

b) É a partir dessa divergência que se subdivide as perspectivas absolutas em dois conjuntos opostos: as perspectivas sociomoralistas, que aceitam, sem reservas, a interferência da moral e da sociedade na disposição de bens jurídicos-penais, sobretudo o corpo; e as perspectivas negacionistas, que repudiam qualquer limitação sociomoral ao consentimento.

### 1.1.1. O sociomoralismo

a) Pode-se afirmar que as perspectivas sociomoralistas a respeito da cláusula dos bons costumes consistem nas mais tradicionais tentativas de preenchimento do conteúdo normativo do instituto, remontando, como já dito, a épocas anteriores à Revolução Francesa.

Em que pese sua origem antiga, essa corrente prosperou por um longo período, podendo ser considerada como hegemônica até uma época relativamente recente. Com efeito, e de acordo com o que já foi exposto, foi somente a partir da segunda metade do século XX que se passou a questionar o caráter sociomoralista da cláusula dos bons costumes.

b) Todavia, não é correto afirmar que todas as visões sociomoralistas são exatamente iguais. Em verdade, embora compartilhem um substrato calcado na moral, cada uma possuía particularidades suficientes para distingui-las umas das outras. Assim, dentre as perspectivas que podem ser chamadas de sociomoralistas, é possível encontrar uma divisão entre as teses moderadas e as de rigor extremo<sup>37</sup>. Todavia, para evitar uma confusão relativa à distinção entre perspectivas absolutas e moderadas empregada neste trabalho, adotar-se-á as terminologias “sociomoralismo puro” para se referir às teses de rigor extremo e “instrumentalismo” para se citar as moderadas.

#### 1.1.1.1. O sociomoralismo puro

a) As perspectivas puramente sociomoralistas são caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de elaboração doutrinária para justificar o preenchimento do conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes pela moral ou opinião social.

b) Tem-se, como exemplo no Direito brasileiro, o que se pode chamar de tese da moral social. Segundo essa visão, o atentado aos bons costumes configura-se a partir da prática de atos tidos como imorais a partir de uma concepção social da moral.

Deste modo, despontariam como atos atentatórios aos bons costumes aqueles que, de algum modo, atingem a família ou o casamento, envolvem comportamentos sexuais que

---

<sup>37</sup> HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 69 e ss.



desviem do padrão social ou estão relacionados com finalidades criminosas ou ilícitas em geral<sup>38</sup>. Todavia, por ter origem em outro ramo jurídico, esse preenchimento revela-se excessivamente abstrato para o atual estudo.

Aplicando, assim, essa linha de pensamento ao Direito Penal e à disposição do corpo humano, pode-se concluir que a esterilização, a redesignação sexual e a automutilação voltada para a fraude estariam classificados como atentatórios aos bons costumes.

c) No âmbito português, pode-se verificar teses similares, que sustentam que a restrição da liberdade pela cláusula dos bons costumes é resultado da interação da gravidade e culpabilidade do fato com um juízo pautado pela moral e opinião pública, dando ênfase expressa à moralidade sexual<sup>39</sup>.

Numa perspectiva mais elaborada, mas ainda assim classificável como puramente sociomoralista, há ainda a tese da visão coletivista do Direito, que afasta a lógica individualista presentes no Direito romano e inglês para defender que o conteúdo dos direitos tem como fonte a sociedade, e não a pessoa<sup>40</sup>. Assim, estando o indivíduo submetido à sociedade, a vontade, o interesse e os bens particulares perdem força na valoração criminal, que passa a ostentar uma efetiva autonomia em relação a estes<sup>41-42</sup>.

Partindo desta concepção, é possível entender que os valores morais sociais são relevantes para que se proíba, com base na cláusula dos bons costumes, o consentimento no adultério e em outros “atos contra a natureza”, como o sadomasoquismo<sup>43</sup>.

d) Dentro do contexto italiano, por sua vez, pode-se encontrar entendimentos bastante similares à tese coletivista. De acordo com estes, o Direito Penal consistiria na tutela de valores

---

<sup>38</sup> RÁO, Vicente. *Ato jurídico: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 137 e ss.

<sup>39</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 252.

<sup>40</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: II*. Reimp. Coimbra: Almedina, 1993, p. 22 e ss.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

<sup>42</sup> Por este motivo, Tatjana Hörnle entende que a teoria do bem jurídico, segundo a qual o objeto da proteção penal não se direciona a indivíduos específicos, mas sim a bens socialmente relevantes, representa, na realidade, uma concepção coletivista do Direito. Com base nesta percepção, ela defende uma teoria da criminalização pautada no direito de terceiros, caminhando para um Direito Penal de feição mais individualista. Cf. HÖRNLE, Tatjana. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 169 e ss.

<sup>43</sup> CORREIA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 27.

sociais e não de valores individuais, de modo que os crimes se referem ao Estado-administrador, e não à pessoa<sup>44</sup>.

Tais posições, contudo, chegam a defender uma separação do Direito Penal e da moral no que tange ao consentimento do ofendido, pugnando por uma solução baseada num procedimento lógico-jurídico<sup>45-46</sup>. Todavia, elas admitem uma abertura à moralidade a partir do advento, na legislação civil, da limitação da disposição do corpo pela cláusula dos bons costumes<sup>47</sup>. Assim, a retirada de órgãos, especialmente os sexuais, violaria a concepção moral da sociedade, que poderia temer a instituição de um futuro mercado de órgãos<sup>48</sup>.

e) Na Alemanha, observa-se visões similares, que empregam, por exemplo, a cláusula dos bons costumes como fundamento para a proibição de práticas sadomasoquistas<sup>49</sup>. Há também perspectivas que orientam o foco das restrições morais para os atos médicos, pondo as transfusões sanguíneas<sup>50</sup> e as intervenções cirúrgicas com finalidades científicas e estéticas no rol das violações aos bons costumes<sup>51</sup>. De acordo com estas, somente as operações voltadas para a proteção da saúde seriam compatíveis com a cláusula<sup>52</sup>.

f) Certamente, as teses puramente sociomoralistas consistem na resposta mais simples para solucionar o problema da imprecisão do conteúdo normativo-jurídico da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>44</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*: Parte Generale. 10. ed. Milão: CEDAM, 1978, p. 350.

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 354.

<sup>46</sup> É por causa desta ressalva que Sheyla Starling entende que Bettiol sustenta uma postura crítica à cláusula dos bons costumes. Cf. STARLING, Sheyla Cristina da Silva. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014, p. 89.

<sup>47</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 354.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 354.

<sup>49</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de Estudio Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 164.

<sup>50</sup> Provavelmente, à época dos escritos de Welzel, as transfusões sanguíneas, hoje entendidas como atos de tratamento de saúde, não estavam de acordo com as recomendações mais avançadas da prática médica. Por isso essa aparente contradição entre a vedação a transfusão de sangue e a autorização de medidas de tratamento e cura.

<sup>51</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 101.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

Tal fato, em si, não deve ser visto como um demérito, mas, sim, como um argumento favorável. Trata-se da aplicação do princípio metodológico da navalha de Ockham, segundo o qual não se deve desenvolver explicações complexas sem necessidade<sup>53</sup>.

Pode-se, porém, criticar a navalha de Ockham a partir da ideia de que a busca ou o apego a uma simplicidade pode resvalar na incapacidade de rendimento da explicação, tornando-a insuficiente para descrever os fatos. Em síntese, na aplicação da navalha de Ockham reside o risco de se promover o simplismo, e não a simplicidade.

Em verdade, tal argumento não parece representar uma crítica à navalha de Ockham. Pelo contrário, num exame mais rigoroso, percebe-se que ele consiste na sua própria realização: quando a simplicidade se torna simplismo, surge a necessidade de se buscar explicações mais complexas.

g) É o que ocorre com o sociomoralismo puro na questão dos bons costumes. Essa perspectiva, como se verá, apresenta falhas que simplificam excessivamente a questão da cláusula dos bons costumes, desconsiderando o contexto social em que ela está inserida. Demonstra-se, assim, a necessidade de elaboração de perspectivas mais complexas sobre o tema.

A primeira falha refere-se à relação com finalidades ilícitas ou criminosas. Se observada mais criticamente, percebe-se, nela, um preenchimento circular do instituto. Afinal, tal entendimento levaria à sua completa inutilização, haja vista que não haveria necessidade de se criar um instituto para coibir algo ilícito, ou seja, para coibir aquilo que já é expressamente coibido.

Em suma, tal preenchimento, em última instância, revela-se redundante e oco, transformando a cláusula dos bons costumes em letra morta ou, no máximo, em elemento meramente figurativo.

É certo que não se pode buscar a qualquer custo extrair um sentido da cláusula de bons costumes, acreditando que a lei nunca é falha. Tal postura recai numa concepção da ciência

---

<sup>53</sup> Sobre o conceito da navalha de Ockham, seus antecedentes e suas aplicações históricas, cf. SOARES, Antônio Jorge. O problema da simplicidade no âmbito da ciência. In: *Direito e liberdade*, v. 9, n.2, 2008, p. 11 e ss. A respeito de seu emprego no Direito Penal, cf. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7/8, 2012, p. 358 e ss.

penal como revelação<sup>54</sup>, para se empregar a expressão criada por Luís Greco para criticar abordagens doutrinárias dedicadas a reverenciar excessivamente alguma fonte do Direito, no caso, a lei<sup>55</sup>.

A crítica ora feita, contudo, não adota esta postura. Ao rejeitar a questão da relação com finalidades ilícitas por representar um preenchimento vazio, não se está a recusar a única interpretação possível, ato que recairia na crítica da ciência penal reverenciadora da lei.

O que se está, de fato, é eliminando uma das hipóteses de interpretação de um conceito que reconhecidamente possui vários significados. O exercício aqui não é uma vontade obsessiva de fazer com que a norma tenha algum sentido, mesmo se todas as evidências disserem o contrário, mas, sim, um interesse em encontrar o sentido mais adequado dentro dos muitos que lhe são conferidos.

De todo modo, entender a cláusula dos bons costumes como uma vedação à relação com atos ilícitos ou criminosos em virtude da imoralidade desses atos seria um esvaziamento do próprio conteúdo do Direito em si.

Afinal, tal fato demonstraria uma preocupação do Direito em coibir a preordenação à prática de ilícitos em nome da preservação da moral, e não em nome da sua autopreservação. Segundo essa lógica, ao Direito só incomodaria a relação com atos ilícitos, sobretudo criminosos, por causa da natureza imoral destes e não porque tais atos são, em si, violadores do Direito. Em suma, o Direito não teria valor para si mesmo.

Ademais, tal preenchimento se mostra desnecessário, haja vista que a pessoa que pratica uma intervenção corporal com o fito de auxiliar alguém na prática de um crime pode facilmente ter sua conduta punida a título de participação<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Para Greco, a ciência penal, sobretudo a latino-americana, possui uma tendência a se agrupar em duas correntes distintas, embora ambas problemáticas. A primeira corrente seria a da ciência penal como revelação, que promove uma sacralização das fontes do Direito, que passam a ser tidas como fontes de uma verdade inquestionável. Essa corrente ramificar-se-ia em dois subgrupos, o clássico, no qual a reverência doutrinária estaria orientada para a lei e, em certa medida, a jurisprudência; e o vanguardista, cujo objeto de culto seriam os doutrinadores ou filósofos, cujos argumentos passam a ser vistos como revelações de uma verdade divina. Do outro lado, a corrente da ciência penal desconstrução é caracterizada pela desconfiança em relação a qualquer fonte do Direito, seja a lei, dominada por interesses oligárquicos, seja a doutrina, vista como ingênua. Enquanto a primeira corrente falha por não analisar criticamente as fontes do Direito, a segunda peca por não lidar com a realidade. No fundo, ambas estão equivocadas pelo mesmo motivo: a manutenção de certezas e convicções ao invés do apego aos argumentos. Cf. GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 1 e ss.

<sup>55</sup> GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 1 e ss.

<sup>56</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 545.

A segunda falha está relacionada às questões da proteção da família, do casamento e do padrão sexual, ou, na vedação a atos ditos “contrários à natureza”. Neste quesito, a doutrina atual é praticamente unânime ao apontar a incompatibilidade entre esses objetivos e o paradigma pluralista sobre o qual se funda o Direito Penal nas sociedades contemporâneas<sup>57</sup>.

O argumento do pluralismo merece acolhimento, pois, caso contrário, instituir-se-ia um Direito Penal autoritário incapaz de permitir a inserção e o convívio social de grupos minoritários. Igualmente, ao se refletir padrões normativos morais-religiosos da maioria, infringir-se-ia a laicidade do Estado, um dos sustentáculos das modernas democracias ocidentais.

Em linha similar, é possível objetar que a adoção de uma visão moralista conduz necessariamente a uma de duas problemáticas. Se se considerar que a moral possui um valor objetivo para além da convenção social, surgem problemas a respeito da epistemologia e da autoridade moral<sup>58</sup>. Ou seja, cria-se a necessidade de se responder sobre como ter acesso a essa moral e sobre quem é capaz de ter esse acesso.

Por outro lado, caso se entenda a moral como moralidade social, como as teses coletivistas parecem fazer, acaba-se recaindo noutra problemática: surge, nesses casos, a questão da validação, cabendo demonstrar o ganho social advindo da imposição moral de uma maioria sobre uma minoria<sup>59</sup>, o que o sociomoralismo puro não faz.

No mais, em que pese virem as teses puramente sociomoralistas de ordenamentos jurídicos diversos, as discrepâncias no elenco de exemplos de atos atentatórios aos bons costumes atestam a incapacidade do sociomoralismo puro de promover um preenchimento uniforme da cláusula dos bons costumes.

Ao se observar tal discordância entre as perspectivas – umas mais pautadas na sexualidade e família, outras voltadas para a relação com a medicina, por exemplo –, percebe-se a concretização do argumento da arbitrariedade, segundo o qual o preenchimento do conteúdo da cláusula com conceitos abertos, como moral e equidade, acaba por permitir uma grande margem de valoração pelo julgador<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Por todos, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 194 e ss. e 537 e ss.

<sup>58</sup> HÖRNLE, Tatjana. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 177.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p. 177.

<sup>60</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 541 e ss.

Obviamente, a interpretação faz parte da própria natureza do Direito, sendo irreal, e, talvez, até prejudicial, almejar um sistema totalmente inflexível. Afinal, mesmo a análise de conceitos descritivos, como o de ser humano, acaba sujeita a uma margem interpretativa, como, por exemplo, definir até quando ainda se é humano ou se já se é um cadáver, para citar o exemplo trazido por Roxin<sup>61</sup>.

Todavia, o que se evidencia no sociomoralismo puro é a total ausência de critérios interpretativos para que se possa estabelecer um conteúdo normativo para a cláusula dos bons costumes. E isso não é cabível no Direito Penal, por força do princípio da legalidade.

#### 1.1.1.2. O instrumentalismo

a) Por sua vez, há também as teses instrumentalistas. Elas são assim chamadas por comungarem da ideia de que o indivíduo deve ser entendido como um instrumento voltado para servir a sociedade.

Deriva-se, desse dever do indivíduo para com a comunidade, o fundamento pelo qual a moral social deve ser seguida. Desta forma, oferece-se uma resposta à problemática da pluralidade, bem como a questão da validação trazida acima.

b) Uma dessas teses instrumentalistas é a ora nomeada tese do direito à autopreservação das sociedades. Embora não haja uma abordagem explícita a respeito da cláusula dos bons costumes, posto que esta tese foi desenvolvida dentro do contexto jurídico inglês, onde não vigora o referido instituto, é possível concluir pela sua pertinência e aplicabilidade ao tema.

Esta teoria parte do pressuposto de que a sociedade está repleta de riscos, não somente externos, como a guerra, mas, sobretudo, internos, qual seja, o desaparecimento dos laços morais entre os cidadãos<sup>62</sup>. A imoralidade, assim como a subversão política, teria, então, o condão de desintegrar o tecido social a ponto de destruir a sociedade<sup>63</sup>.

Diante desses motivos, seria juridicamente válido que qualquer sociedade pudesse limitar a liberdade individual de modo a se proteger de riscos internos e evitando, assim, a sua

---

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 148.

<sup>62</sup> DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965, p. 13.

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

degradação moral e consequente extinção<sup>64</sup>. Neste contexto, mostra-se possível a associação da ideia de moralidade à cláusula dos bons costumes, tornando esta uma ferramenta de proteção da sociedade em relação à sua autodestruição.

c) Argumentação similar é encontrada noutra tese instrumentalista, que pode ser chamada de tese da função social do indivíduo. De acordo com ela, o indivíduo deve ser concebido como um recurso público voltado para o cumprimento de deveres em relação à sociedade e à família, de modo que não lhe é permitido dispor daquilo que seja essencial para o cumprimento de sua função social<sup>65</sup>.

Muito embora não se explicita, como a tese da autopreservação da sociedade o faz, uma relação entre a moral e os deveres sociais e familiares, é possível inferir sua existência, considerando que os interesses sociais, sobretudo os familiares se pautam pela moralidade.

Partindo dos exemplos fornecidos por defensores desta tese, percebe-se a existência de uma obrigação sociomoral de produzir e reproduzir. Assim, através desse critério se fundamenta, por exemplo, a distinção de tratamento entre atos lícitos de disposição, como o corte de cabelo e de unhas e a transfusão de sangue, que não afetam a produtividade do indivíduo, e atos ilícitos, como o transplante de órgãos sexuais<sup>66</sup>, que retiraria a função reprodutiva do indivíduo.

d) Como dito, a partir da noção de que o papel do indivíduo é servir a sociedade, observa-se, no instrumentalismo, uma tentativa de superar uma das principais problemáticas do sociomoralismo puro: o argumento do pluralismo e a problemática da validação.

Ao colocar o indivíduo como instrumento de preservação da sociedade e, ao mesmo tempo, elencar a moral como um dos sustentáculos essenciais para a manutenção social, as teses instrumentalistas acabam por trazer novos argumentos favoráveis à intervenção da moral no Direito.

---

<sup>64</sup> DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965, p. 13 e ss.

<sup>65</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 15. ed. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 2000, p. 290 e ss.

<sup>66</sup> Antolisei faz menção expressa a essa modalidade de transplante em razão da decisão da Corte de Cassação Penal italiana, de 31 de janeiro de 1934, que, despertando uma forte polêmica na época, considerou lícito o transplante de glândulas sexuais.

Isto, pois, nesse contexto, os grupos minoritários passariam a ter o dever de servir a sociedade – e não o contrário. Igualmente, diante do novo *status* da moral como pilar da estrutura social, a laicidade, como um valor constitutivo da sociedade, passaria a ter um peso igual ou menor do que a moral.

No entanto, a tentativa de contornar o argumento do pluralismo e a questão da validação através da demonstração da necessidade de submissão da sociedade à moral não se mostra bem-sucedida.

Contra este esforço, é possível trazer o pensamento kantiano, segundo o qual a humanidade deve ser tratada como um fim em si mesmo, não sendo cabível a sua instrumentalização<sup>67</sup>. Tal noção influenciou, principalmente após o Holocausto, o desenvolvimento da doutrina da dignidade da pessoa humana, que resultou na ideia, que cada vez mais vem se tornando um valor o qual as sociedades não parecem querer abandonar, de que é o Estado que deve estar a serviço do indivíduo<sup>68</sup>.

Ou seja, o pressuposto que justificaria a inserção da moral entra em conflito direto com a noção contemporânea de dignidade humana, especialmente no que se refere ao paradigma atual da relação entre o indivíduo e o Estado.

Ademais, ainda que o esforço para justificar a inserção da moral na cláusula dos bons costumes não falhasse, as teses instrumentalistas não seriam capazes de superar o argumento da arbitrariedade.

Sem o estabelecimento de critérios para se definir, na prática, os atos atentatórios aos bons costumes, abrir-se-ia uma margem de discricionariedade judicial que o Direito Penal não seria capaz de suportar.

### 1.1.2. O negacionismo

a) A perspectiva negacionista está fundada numa visão de mundo de cariz essencialmente liberal, tendo o pensamento de Stuart Mill como uma das suas principais bases

---

<sup>67</sup> KANT, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 64 e ss.

<sup>68</sup> A respeito do reposicionamento do indivíduo na sua relação com o Estado, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, sobretudo p. 47 e ss.



filosóficas<sup>69</sup>. Segundo o filósofo britânico, a intervenção legal só se justificaria em casos de danos definidos ou, ao menos, nos casos de riscos definidos de danos<sup>70</sup>.

Destarte, caberia à sociedade aceitar as chamadas ofensas meramente contingentes ou putativas, que consistem nas ofensas decorrentes de condutas que não violam um dever específico à sociedade ou que não acarretam qualquer dano perceptível a alguém que não o próprio agente (configurando, portanto, uma autolesão)<sup>71</sup>.

b) Todavia, como se sabe, a lógica de funcionamento da cláusula dos bons costumes cria uma situação diversa das lesões meramente contingentes. Afinal, enquanto nestas há o envolvimento somente do ofendido, a cláusula dos bons costumes se insere na questão das heterolesões consentidas.

Assim, não há um encaixe evidente entre a tese liberal de Mill e nem, portanto, um repúdio automático à cláusula, haja vista que a vedação às lesões meramente putativas se opõe somente ao denominado paternalismo jurídico-penal direto<sup>72-73</sup>.

Este consiste no emprego do Direito Penal para punir aqueles que causam danos a si mesmos. Considerando que a cláusula dos bons costumes, ao retirar a eficácia do consentimento do ofendido, implica a punição do terceiro que causa um dano com autorização da vítima, não há falar de paternalismo direto. Trata-se, no caso, do paternalismo jurídico-penal indireto<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup> Todavia, deve-se registrar que o liberalismo penal tem origens anteriores a Mill, no Iluminismo. Com efeito, já em Beccaria é possível ver a construção de uma corrente liberal, quando o autor relaciona a medida da pena com a gravidade do dano à nação. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 72 e ss. Sobre a evolução do liberalismo e sua crítica ao paternalismo, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 49 e ss.

<sup>70</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 158.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 158.

<sup>72</sup> HIRSCH, Andrew von. Direct paternalism: criminalizing self-injurious conduct. In: *Criminal Justice Ethics*, n. 27, vol. 1, 2008, p. 25.

<sup>73</sup> Convém ressaltar que, embora comumente associados, o paternalismo não se coincide necessariamente com o moralismo jurídico. Desta forma, é possível conceber um paternalismo jurídico preocupado com a noção de sofrimento e não com a imoralidade. Neste sentido, cf. HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 58 e ss. Todavia, não se considerará, nesta investigação, essa distinção, haja vista que, no caso da proteção do indivíduo contra si mesmo, o paternalismo e o moralismo parecem se confundir.

<sup>74</sup> HIRSCH, Andrew von. *Op. cit.*, p. 25.

c) Sob outra ótica, é possível distinguir o paternalismo jurídico-penal em duas outras categorias: por um lado, tem-se o chamado paternalismo rígido, por outro, encontra-se o denominado paternalismo moderado<sup>75-76</sup>.

O paternalismo rígido diz respeito à atuação estatal sobre os indivíduos independentemente das características de seu destinatário<sup>77</sup>. O moderado, por seu turno, consiste na intervenção do Estado voltada para a proteção das pessoas cujas capacidades não se pode determinar ou comprovar<sup>78</sup>.

No contexto da diferenciação acima descrita, a limitação da autonomia individual através da cláusula dos bons costumes pode ser definida como uma expressão do paternalismo rígido. Afinal, sua aplicação se dirige a qualquer indivíduo, independentemente de sua capacidade.

d) A partir dessas distinções<sup>79</sup>, pode-se analisar a possibilidade de se conciliar um modelo liberal com o paternalismo jurídico-penal. Quanto à versão moderada, pode-se concebê-la sem ressalvas, considerando-se que ela é inerente à própria noção de autonomia individual<sup>80</sup>.

Porém, no que tange à relação entre o Direito Penal liberal e o paternalismo direto, que veda as autolesões, é possível elencar quatro objeções jurídico-penais. Primeiramente, a ausência de uma lesão a bens jurídicos de terceiros excluiria o interesse social na punição da conduta<sup>81</sup>. Em segundo lugar, não haveria utilidade na sanção penal, pois o dano causado pela pena ao agente-vítima seria, no geral, maior do que os benefícios que ela poderia trazer<sup>82</sup>. A terceira objeção consistiria numa objeção ético-penal, segundo a qual não seria moralmente legítimo censurar penalmente alguém pela lesão do seu próprio bem<sup>83</sup>. Por fim, a usual

---

<sup>75</sup> FEINBERG, Joel *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 48.

<sup>76</sup> Há, na doutrina lusófona, duas possíveis traduções para a expressão “*hard paternalism*” e “*soft paternalism*”. A primeira, feita por Luís Greco ao traduzir um artigo de Bernd Schünemann, emprega os termos “paternalismo duro” e “paternalismo suave”. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 48. A outra tradução, trazida por João Paulo Orsini Martinelli, adota as expressões “paternalismo rígido” e “paternalismo moderado”. Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 115 e ss. Por questões meramente estéticas, adota-se, aqui, preferencialmente, a segunda tradução.

<sup>77</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p. 115 e ss.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*, p. 115 e ss.

<sup>79</sup> Para outras classificações das ações paternalistas, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p. 117 e ss.

<sup>80</sup> Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*, p. 60.

<sup>82</sup> *Idem, ibidem*, p. 60.

<sup>83</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 60.

ineficácia de se atingir os fins preventivos do Direito Penal ante a vontade de causar dano a si mesmo torna inidônea a atuação paternalista direta<sup>84</sup>.

É de se questionar se todas essas objeções são aplicáveis a todos os casos. Por exemplo, a última objeção faz sentido no exemplo do suicídio. Afinal, é certo que uma pessoa decidida a dar fim à própria vida dificilmente será influenciada pela perspectiva de uma sanção.

Todavia, o mesmo não vale para, por exemplo, intervenções corporais. A título ilustrativo, uma ameaça de sanção penal à pessoa que se tatue pode, em tese, ser eficaz, muito embora recaia noutras objeções, como a ético-penal e a ausência de interesse social.

Para se dar um exemplo mais realista e mais próximo dos ordenamentos democráticos atuais, a cominação de uma pena a quem doe órgãos em desacordo com a lei não parece carecer totalmente de eficácia. Afinal, considerando que, nessas situações, já há, em regra, uma apreensão natural por parte do doador, qualquer argumento contrário, sobretudo a ameaça de privação de sua liberdade, parece ser suficiente para motivá-lo ou coagi-lo a não realizar a doação.

Por outro lado, em que pese a objeção preventivo-penal se aplicar ao caso do indivíduo que decidiu cometer suicídio, a aplicação da objeção relativa ao interesse social já não parece tão evidente. Isto, pois é, no mínimo, defensável afirmar a existência de um interesse público na manutenção da vida das pessoas.

De todo modo, embora as quatro objeções não sejam sempre aplicáveis concomitantemente, parece sensato afirmar que sempre será aplicável ao menos uma dentre elas, sobretudo a objeção ética<sup>85</sup>. Por estes motivos, a interação entre um Direito Penal liberal e o paternalismo direto se mostra incompatível.

e) Como, todavia, a cláusula dos bons costumes consiste numa manifestação do paternalismo indireto e rígido, as oposições trazidas acima acabam perdendo o relevo. Com efeito, ao se tratar do paternalismo rígido indireto as quatro objeções acabam sendo superadas ou, ao menos, superáveis.

---

<sup>84</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 60.

<sup>85</sup> Sobre a possibilidade de se fazer uma leitura desta objeção a partir das emoções, cf. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 29.

Por esse motivo, não seria totalmente incompatível com a perspectiva negacionista o reconhecimento da possibilidade de seu emprego, desde que respeitados certos limites<sup>86</sup>. Contudo, tais limitações não chegam a ser desenvolvidas expressamente pelos defensores do negacionismo<sup>87</sup>.

Entretanto, da análise do pensamento negacionista, pode-se elencar quatro críticas à cláusula dos bons costumes. Primeiramente, a cláusula é classificada com inidônea e disfuncional<sup>88</sup>. Aparentemente, por se tratar do emprego da mesma expressão pelo mesmo autor, essa inidoneidade diz respeito à inadequação aduzida na quarta objeção feita ao paternalismo direto.

Em segundo lugar, critica-se a cláusula dos bons costumes por considerar que se trata de uma tentativa de imposição legislativa de um modo de vida relativo à disposição do próprio corpo, o que consistiria, por conseguinte, numa imposição moral aos cidadãos incompatível com o paradigma atual do Estado de Direito<sup>89</sup>.

Uma terceira crítica faz referência a um suposto vício de origem da cláusula dos bons costumes. Tal objeção advém do fato de que a inserção da cláusula no ordenamento alemão ocorreu durante a vigência do nazismo, pretensamente com o fito de permitir a esterilização do que se considerava prole geneticamente enferma<sup>90</sup>.

Por fim, há a objeção jurídico-filosófica geral, segundo a qual não se pode interferir, de nenhum modo, na autonomia da pessoa<sup>91</sup>. Através dessa objeção, qualquer medida paternalista deve ser rejeitada.

---

<sup>86</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 65.

<sup>87</sup> Schünemann chega a esboçar, embora sem nenhuma conclusão, a limitação que ele reputa adequada, traçando a linha em volta da existência de um comportamento recíproco voltado para a morte dos participantes ou que gerem grave risco de morte. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 67. Tal questão será abordada posteriormente.

<sup>88</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 86.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, p. 86. Em igual sentido, MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 548 e ss.

<sup>90</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 57.

<sup>91</sup> *Idem, ibidem*, p. 60.

f) Tais argumentos trazidos pelo negacionismo liberal, todavia, apresentam falhas ou inconsistências de difícil superação. Primeiramente, o argumento do vício de origem possui um caráter falacioso por três motivos.

O primeiro motivo é que não fica clara sua suposta utilidade para fins escusos. Afinal, a função da cláusula dos bons costumes é limitar o consentimento, de modo que parece estranho que ela tenha sido usada para permitir a esterilização da denominada prole geneticamente enferma.

Para tanto, bastava a inserção, no ordenamento alemão, do consentimento do ofendido como excludente de ilicitude sem qualquer limitação. Cabe registrar que, se assim fosse feito, provavelmente ninguém alegaria o vício de origem do instituto do consentimento.

Essa observação leva ao segundo contra-argumento: o fato de ter sido criada pelos nazistas não torna a cláusula imprestável. Como apontado, fosse outro instituto, inclusive mais idôneo a atingir os ideais nazifascistas, não parece que haveria o mesmo repúdio, o que mostra que a origem não é determinante para se definir a legitimidade da cláusula dos bons costumes.

Ademais, o ato de esterilização de grupos demográficos tidos como indesejados reflete uma postura tirânica movida pelo total desrespeito do Estado pela dignidade humana<sup>92</sup>. E, embora seja evidente que não havia, no nacional-socialismo alemão, uma preocupação com a questão da dignidade, dificilmente se conseguiria associar tal prática à ideia de bons costumes. Afinal, deve-se ter em mente, como já dito acima, que o conceito de dignidade pode ser considerado um termo semanticamente vizinho ao conceito dos bons costumes<sup>93</sup>.

Por fim, esse argumento ignora a origem da cláusula dos bons costumes no panorama internacional, que antecede em muito o período nacional-socialista. Atribuir o surgimento da cláusula ao regime nazista consiste, portanto, numa visão da ciência penal excessivamente centrada no mundo germânico, como se não houvesse diálogo com outros ordenamentos jurídicos.

Quanto à questão da ineficácia para se atingir os fins preventivos do Direito Penal, remete-se às considerações já feitas, segundo as quais essa crítica é cabível no caso do suicídio, mas perde relevância quando diz respeito a intervenções e ofensas corporais.

---

<sup>92</sup> HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*: Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Volume VIII - Arts. 197 a 249. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 87 e ss.

<sup>93</sup> LOCHAK, Danièle. Le Droit à l'Épreuve des Bonnes Moeurs. In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes moeurs*. Paris: PUF, 1994, p. 22.

No seu turno, a objeção jurídico-filosófica geral, que advoga uma intangibilidade absoluta da autonomia individual carrega consigo a falha da crítica autoparalisante do Direito<sup>94</sup>, já explicada na introdução deste trabalho.

Neste sentido, pode-se apontar algumas implicações lógicas que uma hegemonia da autonomia traria ao ordenamento. Primeiramente, ela significaria a afirmação de um princípio absoluto de disponibilidade do corpo, dissociando-o da pessoa e tornando-o um objeto de um direito meramente real, o que permitiria até mesmo a comercialização de órgãos<sup>95</sup>. De igual modo, deve-se ter em vista, que também se possibilitaria o contrato de escravidão, exemplo trazido à baila por Schünemann, embora lateralmente e relativamente a outra questão<sup>96</sup>.

Registre-se que não se trata aqui da falácia do *slippery slope*, mas uma demonstração das consequências lógicas que a ausência absoluta de limitações à autonomia, defendida por essa objeção jurídico-filosófica, necessariamente tem de enfrentar.

Assim, no plano puramente lógico-racional, tal visão não apresenta contradições, de modo que seria razoável defendê-la. Contudo, ela provavelmente seria ignorada pelos atores sociais. Noutros termos, ao se defender essa visão, estar-se-ia a transformar a autonomia individual no bem jurídico supremo, fato que nenhuma sociedade parece disposta a aprovar, vide as onipresentes limitações à autonomia encontradas em todos os ordenamentos.

Sobra, portanto, a objeção a respeito da potencial confusão entre o Direito e a moral que seria inerente à cláusula dos bons costumes. Na verdade, todavia, essa crítica aproxima-se mais de um teste ou critério para se determinar a adequação de uma tese do que de uma efetiva objeção intransponível.

Afinal, ela confunde pressuposto com subentendido<sup>97</sup>. Trata, assim, a relação entre a moral e a cláusula dos bons costumes como se fosse uma decorrência lógica inescapável, sendo que, no máximo, ela poderia ser vista como uma inferência possível.

---

<sup>94</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

<sup>95</sup> OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 123 e ss.

<sup>96</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 55.

<sup>97</sup> Sobre a distinção entre pressuposto e subentendido, cf. FRANÇA, José Marcos de. Os implícitos no ensino da leitura: pressupostos e subentendidos. In: *Interdisciplinar: Revista de Estudos em Língua e Literatura*, ano VII, vol. 16, 2012, p. 65 e ss.

Ou seja, tal argumento não admite a possibilidade de determinação da cláusula dos bons costumes a partir de outros critérios que não sejam a interação entre o Direito e a moral. Dessa forma, basta o desenvolvimento de qualquer forma de preenchimento que não promova tal relação para que se refute automaticamente essa objeção.

## 1.2. AS PERSPECTIVAS MODERADAS

a) Ante o exame das perspectivas absolutas, percebe-se que o preenchimento do conteúdo da cláusula dos bons costumes a partir da moral não é capaz de fornecer uma resposta adequada às exigências do paradigma pluralista em que o Direito está atualmente inserido.

Por outro lado, como se viu, isto não significa que a cláusula dos bons costumes representa, necessariamente, um instituto jurídico ultrapassado e irremediavelmente incompatível com a ordem jurídica contemporânea.

Afinal, é possível, ao menos em tese, um preenchimento do conteúdo da cláusula com base em concepções não moralistas, de modo a preservar o instituto e, ao mesmo tempo, afastar as falhas do sociomoralismo.

b) É neste contexto que se inserem as perspectivas moderadas. Compostas por tendências muitas vezes bastante divergentes entre si, é possível afirmar que o que todas essas correntes possuem em comum é a ideia de que não há uma relação absoluta e inflexível entre a moral e a cláusula dos bons costumes.

Deste modo, é possível encontrar tentativas de preenchimento do conteúdo normativo dessa cláusula pautadas pela lei, pelos valores constitucionais ou mesmo pelas características das lesões ao bem jurídico.

Assim sendo, dividiu-se este conjunto em duas correntes: por um lado, tem-se o extranormativismo, que busca conferir um conteúdo ao instituto a partir de critérios relativos ao mundo dos fatos. Por outro, elenca-se o normativismo, que procura dentro do próprio sistema normativo critérios que concretizem a cláusula dos bons costumes.

### 1.2.1. O extranormativismo

a) Como dito, a corrente extranormativa possui como característica o emprego de critérios baseados no mundo fático para conferir um preenchimento do conteúdo da cláusula dos bons costumes. Neste contexto, ela pode ser subdivida em dois grupos: o subjetivismo, que se pauta pela identificação dos sujeitos cujos interesses foram afetados; e o objetivismo, que se pauta pela gravidade da ofensa ao bem jurídico lesionado.

#### 1.2.1.1. O subjetivismo

a) A corrente subjetivista procura preencher o conteúdo da cláusula dos bons costumes partindo da observação não dos atributos da ofensa, mas das características das pessoas afetadas pelos efeitos dela. Assim, o foco da análise reside nos sujeitos envolvidos na ação e não a lesão em si, justificando a denominação dessa perspectiva.

A partir da leitura dos argumentos subjetivistas, é possível observar que esta perspectiva apresenta duas dimensões. Por um lado, no que se pode chamar de dimensão paternalista do subjetivismo, há um foco – ainda que indireto – nos interesses do ofendido<sup>98</sup>. Por outro, na dimensão liberal, há a preocupação com os interesses de terceiros potencialmente afetados<sup>99</sup>.

b) De acordo com o subjetivismo paternalista, viola a cláusula dos bons costumes os atos de disposição que impliquem uma vantagem exclusiva dos interesses de terceiros<sup>100</sup>. Noutras palavras, o sujeito não pode consentir caso não se atenda objetivamente a um interesse seu.

Assim, atos como a doação de órgãos, por exemplo, configuram-se como atentatórios aos bons costumes, somente podendo ser praticados mediante autorização legal expressa, como é o caso, na Itália, da Lei n. 458/67, que permite excepcionalmente o transplante renal em vida<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4. ed. Milão: CEDAM, 2001, p. 264.

<sup>99</sup> *Idem, ibidem*, p. 264.

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*, p. 264.

<sup>101</sup> Ressalve-se que, mesmo com autorização legal, Ferrando Mantovani põe em dúvida tal possibilidade, considerando-a um caso limite de tolerância constitucional. Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. 4. ed. Milão: CEDAM, 2001, p. 264.



c) Não merece prosperar a dimensão paternalista do subjetivismo. Primeiramente, pois ela adentra numa questão de difícil solução, que é afirmar que um ato consentido autonomamente por alguém não atende objetivamente a seu interesse.

Tal afirmação só pode ser acolhida se se demonstrar efetivamente qual critério é mais adequado para definir o interesse de um indivíduo que não seja a própria manifestação de sua vontade, o que não parece ocorrer. Recai-se, assim, numa questão similar à da autoridade moral levantada acima<sup>102</sup>. Parafraseando a famosa canção de Rodrigo Amarante<sup>103</sup>, deve-se responder, se não o indivíduo, quem mais vai decidir o que é bom para ele.

A cláusula de bons costumes não pode, portanto, estar fundada na proteção paternalista do interesse individual, haja vista que essa concepção carece de legitimidade. Pelo contrário, seu fundamento só pode estar alicerçado no interesse social, cabendo definir se, e em qual medida, o interesse público pode se sobrepor à vontade individual quando se está a falar de atos de disposição de bens jurídicos individuais.

Ademais, o subjetivismo paternalista parece entrar em contradição com alguns consensos sociais, principalmente quando se reflete na questão da doação de órgãos. Neste sentido, convém ressaltar, a título ilustrativo, a disposição do art. 199, §4º da Constituição brasileira, que determina a facilitação da remoção de órgãos para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

Obviamente, e em virtude de sua própria natureza, os consensos estão sujeitos a variações geográficas e históricas, podendo haver sociedades que desaprovem por completo qualquer possibilidade de transplante de órgãos.

O que se demonstra aqui, contudo, é que o subjetivismo paternalista se revela uma tentativa de preenchimento do conteúdo da cláusula de bons costumes excessivamente rígida e estática, sendo incapaz de responder a essas variações.

Além disso, ao condicionar a conformidade com os bons costumes a uma contrapartida favorável ao ofendido, o subjetivismo paternalista acaba por se aproximar de uma mercantilização do corpo.

---

<sup>102</sup> HÖRNLE, Tatjana. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 177. Remete-se, também, ao item "g" do tópico 1.1.1.1.

<sup>103</sup> AMARANTE, Rodrigo. O velho e o moço. In: LOS HERMANOS. *Ventura*. BMG, 2003, faixa 08.

É evidente que, em linha de princípio, é possível defender o caráter comercial de partes humanas. Porém, volta-se, aí, a entrar em conflito com muitos consensos os quais as sociedades não parecem dispostas a rever.

Neste contexto, o supracitado art. 199, §4º da Constituição do Brasil consagra o princípio da gratuidade em relação à disposição do corpo humano. O mesmo ocorre na grande maioria dos países<sup>104</sup>.

Resta, ainda, uma outra objeção oponível à dimensão paternalista do subjetivismo. Em razão de ter sido formulado principalmente no contexto da ordem jurídica italiana, que limita a cláusula dos bons costumes aos atos de disposição do corpo, ele ignora a possibilidade de existência de ordenamentos como o português, onde a cláusula está prevista na parte geral do Código Penal e, por consequência, tem seu âmbito de incidência ampliado ao consentimento relativo a qualquer bem jurídico.

Essa desconsideração dos ordenamentos onde a cláusula possui ampla aplicabilidade se mostra, por sua vez, problemática por dois motivos. O primeiro, e principal, é a negação da solidariedade como um valor jurídico e social de grande relevo dentro dos ordenamentos contemporâneos<sup>105</sup>.

Em última instância, a vedação de atos de disposição que impliquem o benefício exclusivo de terceiros, significa, em ordenamentos como o português, a proibição de atos de pura caridade, como a doação de patrimônio e o exercício de trabalhos voluntários.

Tal fato não parece compatível com a noção de solidariedade presente nos sistemas jurídicos da atualidade. Afinal, na maior parte das vezes, tal noção fomenta justamente atos que seriam vedados por essa concepção da cláusula dos bons costumes.

O segundo é que ela acaba sendo traduzida como uma recusa a uma concepção universal da ciência jurídica. Cria-se uma teoria referida somente a um modelo de ordenamento, não permitindo a formulação de um conceito universal da cláusula dos bons costumes. Por tais razões, reputa-se o subjetivismo paternalista como uma teoria inadequada para a resolução do problema da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>104</sup> Para um panorama, ao menos a nível americano, acerca da vedação à recompensa pela doação de órgãos, cf. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Legislación sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células*. Washington, D.C.: OPS, 2013, sobretudo p. 66 e ss.

<sup>105</sup> Sobre a importância da solidariedade e da dimensão comunitária do Direito, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 161 e ss.

d) O subjetivismo liberal, por sua vez, traz uma preocupação com os interesses de terceiros que podem vir a ser afetados pela heterolesão consentida<sup>106</sup>. Ou seja, a limitação do consentimento reside na intervenção em interesses juridicamente tuteláveis de outros indivíduos.

Neste sentido, cita-se a hipótese do soldado que permite que o seu superior o agrida, exemplo trazido por Max Ernst Mayer<sup>107-108</sup>. Muito embora tenha havido uma anuência por parte do subalterno, há um interesse da sociedade na manutenção da disciplina militar, de modo que esse consentimento não é eficaz.

e) O subjetivismo liberal detém o mérito de focar-se exclusivamente na tutela dos interesses daqueles que não consentiram com a lesão. Todavia, tal fato não é suficiente para tornar essa perspectiva satisfatória.

Em última análise, o subjetivismo liberal é, no máximo, um preenchimento vazio<sup>109</sup> da cláusula dos bons costumes. Em verdade, o que ele faz nada mais é do que reafirmar que o consentimento do ofendido está limitado aos bens jurídicos do qual ele é titular.

Assim, no exemplo dado, o soldado pode até dispor de sua integridade física, porém não pode dispor dos bens jurídicos tutelados no Direito Penal militar, como a disciplina e a ordem. Deste modo, não há outro caminho senão concluir que seu consentimento não tem eficácia para afastar a ilicitude de um ato que viola um bem jurídico cujo titular é a coletividade.

Em suma, numa análise dogmática, trata-se da mera ratificação da prévia questão da legitimidade para consentir, pautada pelo raciocínio segundo o qual não se pode dispor daquilo que não se tem. Esta é a principal objeção que pode ser oposta à perspectiva subjetivista liberal.

---

<sup>106</sup> MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*: Parte Generale. 4. ed. Milão: CEDAM, 2001, p. 264.

<sup>107</sup> MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideu: Editorial B de F, 2007, p. 360.

<sup>108</sup> Deve-se registrar que os escritos de Mayer datam de 1915, sendo, portanto, anteriores à inclusão do §226a no Código Penal alemão (cujo conteúdo foi posteriormente transferido para o §228). Dessa forma, o autor não associa o exemplo fornecido à cláusula dos bons costumes. Deve-se também deixar claro que, para Mayer, a violação da cláusula dos bons costumes prevista no Direito Civil não deve interferir no consentimento penal. Cf. MAYER, Max Ernst. *Op. cit.*, p. 363 e ss.

<sup>109</sup> Cumpre rememorar que não se trata aqui da concepção da ciência penal como revelação, que busca a todo custo extrair um significado da lei, mesmo que isso não seja possível. O que se está a fazer neste momento é excluir uma das propostas de preenchimento em virtude da sua incapacidade de oferecer um resultado materialmente relevante. Sobre essa questão, cf. o item “g” do tópico 1.1.1.1.

É possível, porém, que se entenda a ideia de interesses de terceiros para além da mera proteção dos bens jurídicos tutelados. Assim, a mera violação de um interesse simples, como uma expectativa, seria suficiente para preservar a antijuridicidade da ofensa.

Todavia, tal ampliação acarretaria uma expansão excessiva dos limites penais, transformando o Direito Penal num campo de tutela de interesses pessoais de pouca relevância social.

Por exemplo, no caso de um professor que agride um aluno adulto com sua concordância, mesmo havendo uma relação hierárquica, haveria uma lesão somente à integridade física do estudante. Deste modo, não seriam violados bens jurídicos de terceiros, como a ordem e disciplina militar.

Caso se entendesse pelo subjetivismo liberal ampliado, a conclusão seria que o interesse da universidade em manter uma disciplina seria suficiente para justificar a manutenção do caráter antijurídico da agressão.

Tal opção não parece sensata, haja vista que, levando às últimas consequências, sempre haverá um terceiro que tenha um interesse violado. Desde que haja, por exemplo, um pacifista que abomine qualquer forma de lesão, consentida ou não, sempre haverá justificativa para tornar o consentimento ineficaz.

Desta maneira, diferentemente do subjetivismo liberal original, sua versão ampliada não implicará o esvaziamento da cláusula dos bons costumes, mas, sim, o seu total agigantamento, esvaziando, ao fim, o próprio instituto do consentimento. É por tal motivo que ele não se mostra uma resposta adequada à questão do preenchimento do conteúdo normativo da cláusula.

#### 1.2.1.2. O objetivismo

a) A perspectiva objetivista talvez seja a que mais defensores encontre na doutrina. A rigor, muitos deles procuram responder à questão do conteúdo da cláusula dos bons costumes focando-se exclusivamente na ofensa corporal, diferenciando os graus da lesão autorizada pelo consentimento. Tal fato se deve à restrição da cláusula dos bons costumes às ofensas corporais no ordenamento germânico e italiano.

Todavia, em que pese essa limitação, é possível promover – como se verá no exame de posicionamentos de autores lusos – a ampliação do mesmo raciocínio a ofensas a outros bens

jurídicos, de modo a universalizar o argumento objetivista, aplicando-o aos ordenamentos que estendem a incidência da cláusula aos demais delitos, como faz o ordenamento português.

b) Parte da doutrina classificada como objetivista, ao defender a limitação da autonomia pela cláusula dos bons costumes, parte de uma visão do Direito Penal que pode ser considerada como coletivista, haja vista que reconhece uma preponderância do interesse social em certos casos de intervenção corporal<sup>110</sup>.

Todavia, isto não significa afirmar que há, por parte dela, uma defesa de um modelo exclusivamente moralista ou sociomoralista. Pelo contrário, pode-se perceber que a tese objetivista advém de uma tentativa de afastar o Direito Penal de uma abordagem fundada na moral<sup>111</sup>.

Assim, com vistas a promover esse distanciamento, o argumento objetivista propõe o critério da gravidade da ofensa para traçar uma distinção entre as aquelas que são admissíveis pelo Direito e aquelas que atentam aos bons costumes. Violariam a cláusula, destarte, somente as lesões relevantes<sup>112</sup>, de modo que o consentimento do ofendido fosse eficaz para as demais ofensas ao bem jurídico.

c) Lógica semelhante pode ser encontrada no critério da aproximação com o homicídio a pedido da vítima. De acordo com este critério, a prática de certos comportamentos recíprocos que visam à morte dos participantes ou que consistem num risco suficientemente alto podem ser equiparadas ao homicídio a rogo, legitimando a sua proibição<sup>113</sup>. Traz-se como exemplos o caso de alguns atos sadomasoquistas ou o dos combates de gladiadores<sup>114</sup>. Desta forma, aproxima-se, na prática, do critério da gravidade da ofensa empregado pelo objetivismo<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002, p. 405.

<sup>111</sup> *Idem, ibidem*, p. 406.

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p. 406.

<sup>113</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 67.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p. 67.

<sup>115</sup> Todavia, a rigor, não se trata de um critério extranormativista, pois consistiria num preenchimento da cláusula dos bons costumes com base em um dispositivo legal.

À primeira vista, este critério se mostra um pouco problemático. Afinal, não havendo sequer um instituto que permita, de certa forma, uma interpretação analógica, a proibição das práticas descritas configuraria uma evidente analogia prejudicial ao réu.

Entretanto, é possível contornar esse problema ao se deixar de equiparar tais comportamentos ao homicídio a pedido para passar a entendê-los efetivamente como tal, praticados a título de dolo eventual<sup>116</sup>. Não parece, assim, haver uma objeção dogmática insuperável nesse sentido<sup>117</sup>.

Todavia, é de se apontar a inadequação de algumas implicações advindas da aplicação deste parâmetro. A mais problemática delas consiste na permissão da mercantilização de partes do corpo humano.

Embora se possa construir uma lógica no sentido de que mesmo a venda de órgãos não essenciais põe em risco a vida humana, de modo a se inserir no critério, dificilmente se poderá desenvolver a mesma argumentação no que diz respeito a partes do corpo como os dentes, por exemplo.

E, apesar de ser possível a defesa da possibilidade de comercialização dessas partes, tal defesa parece incidir na categoria da crítica autoparalisante da ciência, ante a rejeição quase que completa a essa possibilidade nos diferentes ordenamentos<sup>118</sup>.

d) A primeira objeção que pode ser levantada contra o argumento objetivista e os critérios que dele podem ser extraídos é o argumento de que a avaliação da gravidade da ofensa conduziria à mesma subjetividade moralizante da qual eles pretendem escapar.

Desta maneira, um juiz poderia entender que certas intervenções corporais, como as tatuagens, configuram, por serem permanentes, uma lesão suficientemente grave a ponto de tornar-se inadmissível no ordenamento.

A essa objeção pode-se responder que os critérios de gravidade podem ser preenchidos pelos já propostos na legislação a respeito das ofensas ou lesões corporais. Dessa forma, por

---

<sup>116</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 530.

<sup>117</sup> Todavia, ao se promover tal leitura, desloca-se, a rigor, o âmbito de análise do instituto da cláusula dos bons costumes para o homicídio a pedido da vítima, que possui peculiaridades que vão além das problemáticas da cláusula.

<sup>118</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

exemplo, o crime de ofensa à integridade física grave, previsto no art. 144º do Código Penal português, ou de lesão corporal de natureza grave, tipificado no art. 129, §1º e 2º do Código Penal brasileiro, figurariam como conteúdo do critério da gravidade<sup>119</sup>.

Ainda assim, subsistir-se-ia um espaço de limitação moralizante da disponibilidade do corpo. Por exemplo, à luz do art. 144º, “b” do Código Penal português e do 129, §1º, III e §2º, III, permitir-se-ia que um médico fosse condenado por ter realizado uma cirurgia de redesignação sexual, o que criaria um obstáculo legal ao livre desenvolvimento da personalidade do agente que consentiu.

Ou seja, o objetivismo teria que abrir uma exceção teoricamente fundada para explicar a admissibilidade das lesões decorrentes de transplantes de órgãos, de mudança de sexo e de esterilização<sup>120</sup>.

Uma possível tentativa de contornar esse problema consiste na aplicação da teoria da autonomia, segundo a qual haveria um limite intransponível na esfera da autonomia dos indivíduos, que permitiriam a sua livre disposição<sup>121</sup>.

Esse esforço, porém, revela-se insatisfatório. Primeiro, pois a conduta em exame não é a do agente que consentiu, mas a do que realizou a cirurgia. Assim, somente de forma indireta a vedação de sua conduta pode ser considerada como uma invasão à esfera intransponível da autonomia do ofendido, o que acaba, de certa forma, enfraquecendo argumento. Afinal, precisar-se-ia demonstrar a existência e inviolabilidade de um “direito a ser ajudado”, o que não ocorre.

Em segundo lugar, e mais importante, a teoria da autonomia peca por não definir as fronteiras da indisponibilidade, recaindo no mesmo problema de indeterminação do conteúdo da cláusula dos bons costumes. E, dessa forma, incide numa questão de circularidade de difícil solução: o limite para a intervenção do Estado na autonomia passa a ser a esfera de autonomia na qual ele não pode intervir.

---

<sup>119</sup> O que acaba transformando o objetivismo numa perspectiva normativista, embora ainda possa ser classificada como extranormativista, por só fazer referência a normas legais de modo indireto: os dispositivos normativos figuram, no caso, como critérios do critério da gravidade.

<sup>120</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 531.

<sup>121</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 82, 2010, p. 176 e ss.

Deste modo, afora o critério da aproximação ao homicídio a pedido da vítima<sup>122</sup>, a única opção que parece ser viável para contornar a problemática da criminalização do médico do transexual seria a edição de uma norma legal expressa prevendo essa possibilidade.

Ocorre que, neste caso, entrar-se-ia no contexto de um modelo de Estado que concede direitos ao súdito conforme sua própria conveniência, e não o de um Estado que respeita o direito do cidadão. Ou seja, tratar-se-ia de uma ultrapassada concepção em que o Estado tem o poder de dispor dos direitos fundamentais dos indivíduos, ao invés de garanti-los e promovê-los, em concretização da força normativa da dignidade da pessoa humana<sup>123</sup>.

Ademais, a necessidade de uma complementação legislativa, por si só, atesta a insuficiência do preenchimento do conteúdo jurídico-normativo da cláusula dos bons costumes. Noutras palavras, evidencia-se a sua incapacidade de produzir, autonomamente, resultados satisfatórios.

A segunda objeção diz respeito a desconsideração de outros fatores capazes de influenciar na análise do atentado aos bons costumes. Neste sentido, o foco exclusivo na gravidade da lesão já põe o objetivismo em contrariedade direta com a lei portuguesa, por exemplo, que, no seu art. 149º, n. 2, dispõe que, além da amplitude da ofensa, também figuram como critérios para decidir se houve violação à cláusula dos bons costumes, entre outros<sup>124</sup>, os motivos e fins do agente e do ofendido e os meios empregados para a realização da lesão.

É certo que a contrariedade com a lei, por si só, não deve ser considerada como uma prova definitiva da inadequação de uma teoria, posto que a lei também pode se equivocar. Afinal, numa concepção da ciência do Direito que vai além do mero saber legal, a decisão deve estar mais calcada na *veritas* de suas justificativas do que na *autoritas* daquele que a emitiu<sup>125</sup>. Todavia, trata-se de um indício relevante.

Soma-se a isso a dificuldade do critério da gravidade da ofensa em diferenciar uma cirurgia consentida e realizada por um médico de uma cirurgia consentida, mas realizada por

---

<sup>122</sup> Relembrando que, como visto, o critério da aproximação ao homicídio a pedido da vítima possui uma problemática específica de difícil superação. Cf. item “c” deste tópico.

<sup>123</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 60.

<sup>124</sup> A esse respeito, Maria Fernanda Palma ressalta o emprego da expressão “nomeadamente” para demonstrar o caráter não exaustivo do rol apontado na lei. Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 310.

<sup>125</sup> Nesta linha, cf. GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 1 e ss., bem como GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: 2009, p. 885 e ss.



um estudante, ainda que houvesse a possibilidade fática de se recorrer a um profissional da medicina no momento.

Com um certo esforço, seria possível alegar que, no caso da cirurgia realizada pelo aluno, a intensidade previsível da ofensa seria maior, de modo a preservar a capacidade de rendimento do critério da gravidade da lesão.

Todavia, tal critério também não se mostra capaz de distinguir uma cirurgia consentida e realizada por um médico de uma cirurgia consentida e realizada para a mera satisfação da curiosidade desse mesmo profissional.

Neste caso, o conhecimento técnico do agente é exatamente igual, mudando somente a motivação para seu agir. Não há falar, portanto, em alteração no grau de ofensividade da conduta.

O que se quer evidenciar aqui é que a forma, a característica do agente, as motivações, entre outros, são capazes de alterar a valoração que se faz a respeito da ofensa. E o objetivismo não fornece qualquer resposta a esse fato, seja demonstrando a razão pela qual esses fatores não interessam, seja apontando como o critério da gravidade é capaz de os englobar.

Registre-se que, mesmo na versão do critério de aproximação ao homicídio a rogo, há uma dificuldade de diferenciar um homicídio em casos de eutanásia de um homicídio voltado para a mera satisfação da curiosidade do agente, por exemplo.

Note-se que não se está, aqui, a defender, ou não, a prática da eutanásia, tema que justificaria uma outra investigação focada exclusivamente nela. O que se está a apontar é a incapacidade do critério da aproximação ao homicídio a pedido da vítima de dialogar com eventuais alterações valorativas promovidas na sociedade.

e) Há, todavia, uma variação da perspectiva objetivista que busca superar esses problemas sem a necessidade de se abandonar o objetivismo. Neste diapasão, encontra-se defesas no sentido de que os parâmetros previstos no art. 149º, n. 2 do Código Penal português só possuem significância quando não se trata de lesões “simples e passageiras”<sup>126</sup>. Ou seja, a gravidade e irreversibilidade da lesão conduziriam somente a uma presunção relativa de

---

<sup>126</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 482.

violação da cláusula dos bons costumes, que poderia ser afastada caso a ofensa sirva a “motivos especialmente valiosos”<sup>127</sup>.

Deste modo, a verificação da desconformidade aos bons costumes deve primeiro excluir as lesões insignificantes para, posteriormente, examinar a compatibilidade entre a finalidade da intervenção e o ordenamento jurídico<sup>128</sup>.

Em síntese, estabelece-se uma inovação na averiguação das transgressões aos bons costumes. O primeiro passo a ser observado é o relevo da ofensa, cancelando a distinção entre lesões leves e graves pautada por critérios como a irreversibilidade e as consequências delas advindas<sup>129</sup>. Somente depois, deve-se realizar, no que se refere às lesões graves, um juízo de adequação da conduta praticada, através da valoração dos fins e motivos, tanto do ofendido quanto do agente<sup>130</sup>.

Assim, pode-se utilizar a gravidade da ofensa como critério primário e os demais fatores como critérios secundários. Noutras palavras, a gravidade servirá como uma barreira que apenas permitirá o exame do fato à luz dos demais critérios caso seja superada.

Tal inovação pode ser chamada de objetivismo gradualista. Na sua lógica, os casos da cirurgia por motivos médicos e da cirurgia voltada para a satisfação da curiosidade superariam a barreira do critério primário, de modo a serem analisadas pelos demais critérios. E, somente neste segundo estágio, seria possível traçar uma distinção com base nos motivos que levaram o médico a realizar a cirurgia. O mesmo vale para a questão do transexual que altera o sexo e a da tatuagem, por exemplo.

g) Contudo, o refinamento trazido pelo objetivismo gradualista não é suficiente para afastar por completo suas críticas. Afinal, o argumento da abertura a uma limitação moralizante da disponibilidade do corpo permanece de pé.

Ou seja, na análise da motivação, não há qualquer critério que impeça o intérprete de considerar, por exemplo, que a redesignação sexual não constitui um motivo valioso o

---

<sup>127</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 196.

<sup>128</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 528.

<sup>129</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 549.

<sup>130</sup> *Idem*. Art. 149º (Consentimento). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 442.

suficiente para justificar a disposição do corpo humano<sup>131</sup>. Com efeito, a adoção de conceitos como “valioso”, “positivo”, “compreensível” ou “razoável” mostra-se demasiadamente imprecisa para ser considerada como um critério útil para a identificação de atentados aos bons costumes<sup>132</sup>.

Sobre essa questão, é possível encontrar esboços de critérios de análise na doutrina objetivista gradualista, que, baseando-se numa ponderação de interesses similar à do estado de necessidade, propõe a necessidade de uma relação entre o fim perseguido pela intervenção e o bem por ela lesionado<sup>133</sup>.

Todavia, não se percebe um aprofundamento adequado dos critérios determinantes dessa ponderação. Assim, embora não se possa dizer que o objetivismo gradualista esteja equivocado nesse aspecto, pode-se afirmar que ele é insatisfatório, ante a sua insuficiência.

Ademais, a excessiva preocupação com a gravidade da lesão, típica dessa perspectiva, não permite que se possa considerar atentatório aos bons costumes certos atos que impliquem lesões leves e ainda assim se mostrem socialmente inaceitáveis. Neste sentido, pode-se apontar o caso da pessoa que, em situação de necessidade, se permite ser utilizada como um “cinzeiro humano” em troca de dinheiro<sup>134</sup>.

Para além disso, e ainda que se aceite que a eleição da gravidade e irreversibilidade da lesão como critério primário se mostre compatível com a questão das ofensas corporais, ela apresenta uma maior dificuldade com situações mais raras, como a possibilidade de violação dos bons costumes no crime de dano<sup>135</sup>.

Imagine-se, para fins ilustrativos, que, numa situação de crise financeira, um grupo de fazendeiros permitam a queima de suas safras, com o fito de aumentar o preço dos gêneros alimentícios por eles vendidos e, assim, majorar seus lucros<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Neste sentido, Figueiredo Dias admite a subsistência de uma margem de indecisão na matéria. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 482.

<sup>132</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 531.

<sup>133</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General* – Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 528 e ss.; em sentido similar, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 548 e ss.

<sup>134</sup> DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. [online]. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisao-clitoridiana.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2017, p. 21.

<sup>135</sup> Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 550 e ss.

<sup>136</sup> Fenômeno semelhante, embora não exatamente igual, ocorreu no Brasil do começo do século XX.

Nesse caso, embora seja difícil afirmar a existência de uma lesão grave ou irreversível ao patrimônio do consenciente – a rigor, nessa situação, a destruição da safra objetivou justamente a ampliação patrimonial –, a violação frontal dos limites sociais do *jus abutendi*, para usar a expressão de Manuel da Costa Andrade<sup>137</sup>, parece ser suficiente para se invocar uma desconformidade do consentimento com a cláusula dos bons costumes.

É possível superar esse problema ao se descrever formas de atuação da cláusula dos bons costumes que variam conforme o tipo penal em exame<sup>138</sup>. Assim, poder-se-ia estabelecer que, para as ofensas corporais, a cláusula operaria no sentido de ampliação dos limites históricos de tolerância pautada pelo respeito à autonomia, ao passo que, para o crime de dano, haveria um sentido de restrição ao tratamento historicamente dado ao patrimônio, pautando-se pela solidariedade como valor jurídico<sup>139</sup>.

Todavia, essa explicação não parece ser satisfatória para fins da elaboração de uma teoria que dê uma resposta sistemática à questão do conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes.

Afinal, ao conferir um tratamento específico a cada crime, ela acaba por esvaziar tal conteúdo, transformando-o num conjunto de orientações meramente casuísticas e sem uma unidade teórica capaz de promover um caráter geral à cláusula dos bons costumes. Aproxima-se, assim, de uma atuação interpretativa caracterizada pela arbitrariedade.

Pode-se, todavia, trazer um argumento legalista para responder a essa objeção. Com efeito, ao passo que, no crime de ofensas corporais, incide o art. 149º, n. 2 do Código Penal português, que elenca critérios específicos para a configuração do atentado aos bons costumes, o crime de dano – bem como demais crimes – está sujeito apenas ao art. 38º, n. 1 do mesmo diploma legal, que não delimita parâmetros para a verificação da violação à cláusula. Haveria, deste modo, um espaço para se justificar o tratamento diferenciado dado aos dois tipos penais.

No entanto, esse argumento não merece prosperar. Primeiramente, pois a desvantagem de argumentos puramente legalistas como esse é a tendência a se criar um entendimento jurídico exclusivamente referido a um determinado ordenamento, ignorando os demais.

É certo que a presença da cláusula dos bons costumes na parte geral do Código Penal é uma peculiaridade portuguesa, de modo tal que, neste caso específico, não haveria um problema

---

<sup>137</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 559.

<sup>138</sup> *Idem, ibidem*, p. 557 e ss.

<sup>139</sup> *Idem, ibidem*, p. 558.

tão evidente na existência de uma orientação exclusiva para o sistema jurídico luso. Todavia, correr-se-ia o risco de, no momento em que surgisse a cláusula dos bons costumes na parte geral de outro ordenamento, criar-se essa singularidade na ciência jurídica, afastando-se do modelo de ciência penal universal.

Em segundo lugar, um motivo mais concreto. Na ausência de requisitos para preenchimento da cláusula dos bons costumes prevista na parte geral do Código português, parece ser cabível utilizar a regra da parte específica para suprir essa lacuna, interpretando o art. 38º, n.1 em conjugação com o art. 149º, n. 2<sup>140</sup>.

Desta maneira, por todas as razões expostas, entende-se que não se pode considerar o objetivismo – em qualquer de suas versões – adequado para resolver a questão do preenchimento do conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes.

### **1.2.2. O normativismo**

a) As correntes moderadas extranormativistas, como visto, buscam o preenchimento da cláusula dos bons costumes em critérios externos às normas jurídicas, seja nas características da lesão, seja na preocupação com as pessoas afetadas pela ação. Todavia, e por motivos diversos, tal tentativa se mostrou, como observado, infrutífera.

Neste contexto, parte-se, então, para a análise das correntes normativistas, que procuram no próprio sistema jurídico a solução para a questão da indeterminação da cláusula dos bons costumes. Essa orientação tem a vantagem de oferecer de pronto um argumento de legitimidade. Afinal, embora a ciência penal não se deva pautar pela *autoritas* da lei, é sensato entender que o apoio da lei é relevante no esforço de preenchimento da cláusula.

b) Todavia, o normativismo não pode ser visto como uma perspectiva una, sendo antes um conjunto que engloba variadas explicações para o conteúdo da cláusula dos bons costumes. Para efeitos de classificação, pode-se dividir tais explicações em dois grupos. Tem-se, assim, o reprovacionismo jurídico, por um lado, e, por outro, o axiologismo humanista.

---

<sup>140</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 309.

#### 1.2.2.1. O reprovacionismo jurídico

a) O reprovacionismo jurídico pode ser entendido como o modelo normativista mais simples. Sua principal proposição é a de que a cláusula dos bons costumes veda qualquer conduta que represente algo reprovado de alguma forma pelo ordenamento.

b) O modelo reprovacionista justifica a existência da cláusula dos bons costumes na abertura que a Lei Fundamental alemã, em seu art. 2º, I, deu à moral como limitadora dos direitos<sup>141</sup>. Todavia, e diferentemente do sociomoralismo, a moral em que o reprovacionismo se funda consiste nos princípios éticos que repercutam um dano social<sup>142</sup>.

A partir dessa fundamentação, o reprovacionismo sustenta que a violação à cláusula dos bons costumes ocorreria quando se percebe uma reprovação decorrente do ordenamento jurídico concomitante<sup>143</sup> a uma afetação a bens jurídicos que não estão à disposição do agente que consentiu com a ofensa<sup>144</sup>.

c) A menção à ofensa a bens jurídicos que não estão sujeitos à disposição do ofendido parece ter valor essencial para o reprovacionismo jurídico, haja vista que, sem ela, não há vinculação com a ideia de dano social defendida por esta perspectiva e, portanto, acaba-se por recair numa perspectiva sociomoralista.

Ademais, a mera existência de uma reprovação jurídica, sem demonstração de sua legitimidade para fundamentar uma sanção penal, parece esvaziar a função crítica da doutrina em relação à cláusula dos bons costumes. Tratar-se-ia, portanto, de um instituto pautado exclusivamente na autoridade da lei e não na sua fundamentação.

Afinal, qualquer demonstração de rejeição por parte do ordenamento teria que ser aceita sem se observar ou demonstrar a justificativa dessa rejeição. Permitir-se-ia, desse modo, uma expansão quase que ilimitada do Direito Penal, que passaria a abarcar qualquer forma de reprovação legislativa, seja de natureza penal ou não, no que tange à disposição do corpo.

---

<sup>141</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 529.

<sup>142</sup> *Idem, ibidem*, p. 530.

<sup>143</sup> Em seu texto defendendo o reprovacionismo, Roxin utiliza a conjunção coordenativa aditiva “e” e não a conjunção coordenativa alternativa “ou”. Por isso, entende-se que o autor defende a aplicação concomitante dos dois critérios. Cf. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 530

<sup>144</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 530.

Porém, em que pese a demonstrada necessidade da vinculação do reprovacionismo jurídico a bens jurídicos que não estão disponíveis, tal perspectiva não é bem-sucedida na tarefa de estabelecer critérios para defini-los. Consubstancia-se, assim, a principal crítica ao modelo reprovacionista.

Há três caminhos para se tentar superar essa problemática. Num primeiro esforço, pode-se considerar que os bens jurídicos que não estão à disposição são aqueles cuja titularidade se refere a terceiros.

Essa possibilidade pode ser depreendida a partir dos exemplos do consentimento visando à obtenção ilegítima de um seguro ou pensão ou que busque evitar indevidamente o serviço militar<sup>145</sup>.

Entretanto, caso assim se entenda, retornar-se-á ao problema do esvaziamento da cláusula dos bons costumes e, conseqüentemente, ao problema da mera ratificação da questão da legitimidade para consentir trazido no debate sobre o subjetivismo liberal<sup>146</sup>.

Além disso, não há uma necessidade dogmática de se utilizar a cláusula dos bons costumes para justificar a punição do agente que lesiona a integridade corporal de alguém com seu consentimento visando a auxiliá-lo na prática de um ilícito penal<sup>147</sup>. Para tanto, o instituto da participação se mostra mais adequado e menos problemático<sup>148-149</sup>.

A segunda via de superação da objeção consiste no reconhecimento da existência de bens jurídicos que o indivíduo não pode dispor, ainda que seja o titular deles. Essa tentativa de explicação pode ser extraída do exemplo da gestante que consente com o aborto praticado por um curandeiro<sup>150</sup>.

Afinal, embora se possa contestar a titularidade exclusiva do bem jurídico pela gestante<sup>151</sup>, o entendimento hegemônico defende que o bem jurídico se refere apenas à mãe.

---

<sup>145</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 530.

<sup>146</sup> Cf. item “e” do tópico 1.2.1.2.

<sup>147</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 545.

<sup>148</sup> *Idem, ibidem*, p. 545.

<sup>149</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>150</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 530.

<sup>151</sup> Neste sentido, cf. VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, sobretudo p. 152 e ss.; e SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Aborto e paternidade*: um novo paradigma a partir dos sujeitos da escolha. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014, p. 41 e ss.

Assim, ao se utilizar esse caso como exemplo, subentende-se a existência de situações em que não é lícita a disposição de bens jurídicos individuais.

Contudo, é preciso indicar quais são essas situações e como se pode identificá-las, o que não se vê na defesa do reprovacionismo jurídico. É verdade que se pode indicar, como o faz o presente trabalho, justamente a cláusula dos bons costumes como parâmetro para identificação delas.

No entanto, ao se conjugar essa indicação com o reprovacionismo jurídico, recair-se-á num raciocínio circular em que a cláusula dos bons costumes se torna o critério para o preenchimento de si mesma. Percebe-se, assim, que esta perspectiva não se mostra adequada para o preenchimento da cláusula dos bons costumes.

O terceiro caminho aponta para a indisponibilidade de consentimento relativo a lesões que ponham em risco a vida do ofendido<sup>152</sup>. Trata-se de algo similar ao critério da aproximação ao homicídio a pedido da vítima<sup>153</sup>.

Por essa razão, incidem nessa via os mesmos problemas tratados no critério da aproximação ao homicídio a rogo<sup>154</sup>, sobretudo a sua associação a uma crítica autoparalisante da ciência penal, além do reconhecimento do fato de que se trata de uma questão que vai além do instituto da cláusula dos bons costumes.

Destarte, considerando que qualquer tentativa de demonstração de critérios para determinar a indisponibilidade do bem jurídico carece de viabilidade, é possível concluir pela inadequação do reprovacionismo jurídico como teoria para preencher a cláusula dos bons costumes.

#### 1.2.2.2. O axiologismo humanista

a) O axiologismo humanista pode ser caracterizado pela procura de um caminho que consiga promover uma leitura da cláusula dos bons costumes iluminada por uma valoração ético-social da cláusula sem recair nos problemas inerentes às perspectivas sociomoralistas.

---

<sup>152</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 530.

<sup>153</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 67.

<sup>154</sup> Cf. itens “c”, “d” e “f” do tópico 1.2.1.1.



b) Para atingir tal desiderato, o axiologismo humanista defende uma interpretação axiológica da cláusula, ancorando-a, contudo, nos valores constitucionais de uma sociedade aberta e democrática, de modo a superar o argumento do pluralismo<sup>155</sup>. A vinculação constitucional apresenta-se, também, como uma resposta às demais objeções opostas ao sociomoralismo.

Quanto ao problema da validade, evidenciado em relação à utilização de valores estabelecidos convencionalmente<sup>156</sup>, pode-se responder que o interesse social está no respeito aos valores constitucionais, que são tidos como fundamentais para a sociedade, demonstrando, assim, um ganho social capaz de justificar a prevalência de interesses coletivos sobre individuais.

Por outro lado, caso se entenda a ordem constitucional como um conjunto objetivo de valores, a indicação da axiologia constitucional como fonte do preenchimento da cláusula dos bons costumes revela-se como um caminho para se ter acesso a seu conteúdo, além de apontar os órgãos de interpretação constitucional como autoridades legitimadas a ter tal acesso. Supera-se, assim, as críticas da epistemologia e autoridade moral<sup>157</sup>.

Na mesma linha, ao se referenciar o texto constitucional como fonte dos valores que preencherão o conteúdo da cláusula dos bons costumes, busca-se superar a objeção da arbitrariedade, segundo a qual a utilização de conceitos abertos dá margem a um amplo espaço de valoração pelo julgador<sup>158</sup>.

c) Desta forma, o axiologismo humanista afasta a moralidade subjetiva ou religiosa do preenchimento da cláusula, sem impedir, todavia, o emprego de uma valoração ético-social da conduta consentida<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>156</sup> HÖRNLE, Tatjana. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 177.

<sup>157</sup> *Idem, ibidem*, p. 177.

<sup>158</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 541 e ss.

<sup>159</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 310.

Assim, deixa-se de estabelecer uma separação absoluta entre o Direito e a moralidade, passando-se a admitir que a ordem jurídica tem uma natureza ético-social que coincide, em parte, com a moral<sup>160</sup>.

Todavia, para que se respeite o pluralismo típico das sociedades contemporâneas, não se pode aceitar a interferência do Direito Penal quando esta se refere à tutela de normas puramente morais<sup>161</sup>. A partir desta consideração, o axiologismo humanista estabelece como fronteira a ideia do livre desenvolvimento da pessoa, valor presente explícita ou implicitamente – sobretudo através da sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana – na maioria das ordens constitucionais atuais: somente os comportamentos que afetem tal noção são suscetíveis de sofrer uma intervenção penal<sup>162</sup>.

Ao trazer esta perspectiva ao tema dos bons costumes, pode-se concluir que, embora haja uma relação entre a moral e o Direito, a limitação da cláusula dos bons costumes deve ser preenchida por valores centrados na dignidade humana e no seu livre desenvolvimento<sup>163</sup>.

Desta maneira, condutas tidas como meramente imorais, como certos atos sexuais entre capazes, não detêm a aptidão de atentar contra os bons costumes<sup>164</sup>. Por outro lado, considera-se também possível que, em razão da proteção da dignidade da pessoa humana, atos reputados como moralmente admiráveis possam afrontar o conteúdo da referida cláusula<sup>165</sup>.

Como exemplo desse tipo de situação, traz-se o caso de um filho que, ao ver ambos os pais necessitarem de um transplante de rins, doa seus dois órgãos, submetendo-se a um estado degradante de ter que se manter sob tratamento constante de hemodiálise, inclusive sob risco de morte.

Neste caso, ainda que haja a possibilidade de exaltação do valor moral do ato de gratidão e amor filial, o comportamento do filho o expõe a uma situação violadora de sua própria dignidade. Feriria, deste modo, a cláusula dos bons costumes.

---

<sup>160</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 74.

<sup>161</sup> *Idem, ibidem*, p. 76 e ss.

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>163</sup> *Idem. Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 311; similarmente, SCHMIDHÄUSER, Eberhard *apud* ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General – Tomo I*. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 532; cf. também, embora sem fazer referência explícita aos bons costumes e atendo-se somente a questões relativas ao corpo, OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 132 e ss.

<sup>164</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p. 311.

<sup>165</sup> *Idem, ibidem*, p. 311.

d) O foco na pessoa humana, seja na preservação de sua dignidade, seja na garantia a seu livre desenvolvimento, permite que o axiologismo se resguarde de eventuais objeções acerca de uma possível variedade excessiva dos valores constitucionais, sobretudo no contexto de constituições mais analíticas e detalhadas.

Para se ilustrar estas potenciais críticas, pode-se invocar o exemplo trazido por Luís Greco, que relembra o fato de que a Constituição brasileira chega a tutelar expressamente, no seu art. 242, §2º, os interesses do Colégio Pedro II<sup>166</sup>.

Destarte, caso se acolhesse a universalidade dos valores constitucionais como justificativa para a interferência do Direito Penal, submeter-se-ia a liberdade a valores relativamente banais, como os interesses de uma escola de ensino fundamental e médio – não se menosprezando, contudo, o valor histórico do referido colégio.

Deste modo, ao se centrar no valor da pessoa humana, protegendo a sua dignidade e seu livre desenvolvimento, o axiologismo evita recair nessa situação. Por esse motivo, chama-se tal perspectiva de axiologismo humanista.

Todavia, quanto à eleição da dignidade pessoa humana como elemento principal para a averiguação de atentados aos bons costumes, identifica-se dois problemas: a aparente contradição advinda do fato de um instituto voltado para a garantia da autonomia ser empregado para restringir a liberdade de ação, e ausência de definição do conteúdo da dignidade da pessoa humana<sup>167</sup>.

e) Pode-se rebater a primeira crítica ao defender que a dignidade humana não se resume ao exercício da vontade<sup>168</sup>. Afinal, a dignidade funciona como garantia da substância humana dos indivíduos, de modo que, se esta for afetada, a primeira também será<sup>169</sup>. Assim, a limitação inserida na cláusula dos bons costumes opera como um limite interno da própria dignidade: sendo ela quem fundamenta a liberdade, ela pode estabelecer até onde a liberdade pode ir<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84.

<sup>167</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 532.

<sup>168</sup> DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 128.

<sup>170</sup> *Idem, ibidem*, p. 128.

Ademais, o fato de, no paradigma atual, o Estado de Direito dever não só respeitar a dignidade, mas também promovê-la e protegê-la, permite a limitação de direitos fundamentais, como a liberdade e a autonomia, caso seu exercício ponha em risco a dignidade humana<sup>171</sup>.

Vale ressaltar que a possibilidade de restrição da liberdade através do apelo à dignidade da pessoa humana pode ser sustentada, inclusive, no campo dogmático. Neste sentido, é possível encontrar, na doutrina, critérios para identificar as situações em que a dignidade será empregada para fundamentar a autonomia do indivíduo e quando ela servirá de base para a restrição de sua liberdade<sup>172</sup>.

Por exemplo, o parâmetro de diferenciação das duas funções da dignidade pode residir na identificação do sujeito ao qual ela faz referência<sup>173</sup>. Assim, caso se trate da dignidade do indivíduo, ela fundamentará a ampliação da liberdade individual<sup>174</sup>. Todavia, caso ela também faça menção a um sujeito coletivo autônomo – como a espécie humana, por exemplo –, então ela poderá ser usada para restringir o poder de ação do indivíduo<sup>175</sup>.

Ademais, afirmar que a dignidade não pode restringir a liberdade representaria uma inversão axiológica no que diz respeito à hierarquia entre esses dois valores. Noutras palavras, a posição de primazia da dignidade nos ordenamentos atuais faz com que seja a liberdade que deva ser interpretada em função da dignidade e não o contrário. Percebe-se, assim, que o argumento contido na primeira crítica não merece ser acolhido.

#### *1.2.2.2.1. O humanismo reconhecedor*

a) Resta, porém, a questão da indeterminação do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, aponta-se dois fenômenos a respeito deste conceito: por um lado, há um grande consenso a respeito do valor da dignidade humana e da necessidade de sua

---

<sup>171</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 97 e ss.

<sup>172</sup> NEUMANN, Ulfrid. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 230.

<sup>173</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>174</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>175</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

inserção nos ordenamentos constitucionais; por outro, há um fracasso no estabelecimento consensual de seu significado<sup>176-177</sup>.

Uma tentativa de resposta a esse problema pode partir do preenchimento do conteúdo da dignidade com o conceito de reconhecimento e coisificação. Partindo de uma elaboração filosófica lastreada por pelo pensamento de Kant, Fichte, Hegel, Honneth e outros, é possível estabelecer uma distinção entre a objetivação simples do indivíduo e uma objetivação extrema, também chamada de coisificação<sup>178</sup>.

Enquanto na primeira há um contexto de respeito, igualdade e consentimento<sup>179</sup>, de forma a não ensejar problemas éticos, na coisificação há apenas uma relação de amo e servo, fundada no menosprezo e total instrumentalização do segundo, a ponto de lhe ser negada a sua dignidade<sup>180-181</sup>.

Tal argumentação representa, portanto, um refinamento<sup>182</sup> em relação à concepção de dignidade derivada do pensamento de Kant, segundo o qual a dignidade reside na consideração dos seres racionais como fins em si mesmos e não como meio para a obtenção de outras finalidades<sup>183</sup>.

A coisificação, então, implica uma relação social pautada pela cegueira em relação à dignidade<sup>184</sup>. Contudo, em que pese a sua negação, a possibilidade de restauração desta não resta eliminada, de modo que, sendo o reconhecimento necessário à estruturação da

---

<sup>176</sup> CHUECA, Ricardo. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 29. Em sentido semelhante, cf. NEUMANN, Ulfrid. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 227.

<sup>177</sup> Para Chueca, esta é a razão para o sucesso da dignidade humana como centro simbólico dos ordenamentos contemporâneos. Cf. CHUECA, Ricardo. *Op. cit.*, p. 31. Porém, por fugir do escopo desta investigação, não se discutirá a veracidade deste entendimento.

<sup>178</sup> DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 113 e ss.

<sup>179</sup> SUNSTEIN, Cass *apud* DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>180</sup> DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>181</sup> Silva Dias entende que, por consequência, a própria dignidade do amo acaba também por ser esquecida. Cf. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>182</sup> Optou-se por utilizar essa expressão ao invés de “avanço” por se entender que, a rigor, se trata mais de uma explicitação do pensamento de Kant do que de uma efetiva superação de sua filosofia. Afinal, Kant não nega a compatibilidade da dignidade com a instrumentalização de uma pessoa. O que ele rechaça, contudo, é a conjugação dessa dignidade com o uso de uma pessoa como mero meio para um determinado objetivo, sem que, para tanto, também se a considere um fim em si mesma. Cf. KANT, Immanuel, *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 64 e ss.

<sup>183</sup> KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 64 e ss.

<sup>184</sup> DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 118 e ss.

comunidade, surge um dever coletivo e jurídico de lutar contra a coisificação, buscando o restabelecimento da dignidade<sup>185</sup>.

Sendo, deste modo, a coisificação uma das modalidades mais graves da negação do reconhecimento, torna-se justificada a intervenção penal nas situações em que ela for verificada<sup>186</sup>. Destarte, trazendo esta concepção para o âmbito das criminalizações indiretas, pode-se estabelecer a objetivação extrema como critério para determinar a existência de violações à cláusula dos bons costumes<sup>187</sup>.

Desta forma, o humanismo reconhecedor defende a possibilidade de se consentir com qualquer dano diverso da morte, desde que não haja, na relação entre o ofendido e o agente que pratica a conduta lesiva, uma relação de coisificação que ignore, ou seja, que não reconheça, a dignidade do primeiro<sup>188</sup>.

Tal perspectiva configura, portanto, uma sofisticação concreta do axiologismo humanista: o humanismo reconhecedor. A partir dele, pode-se preencher o conteúdo da cláusula dos bons costumes de modo objetivo, transformando-a numa cláusula de não-coisificação e garantindo o reconhecimento da dignidade humana do indivíduo.

b) Em que pese os méritos do humanismo reconhecedor, algumas de suas implicações apresentam algumas dificuldades em atingir um nível de aceitabilidade suficiente para concluir a busca por um preenchimento do conteúdo da cláusula dos bons costumes.

Com efeito, num primeiro plano, o humanismo reconhecedor parece não conseguir englobar todas as questões de consentimento que envolvem pessoas já falecidas. Nestes casos, pode-se distinguir duas situações específicas: o consentimento sobre a pessoa morta que atende a uma vontade expressa em vida e o consentimento sobre a pessoa morta que silenciou sobre o tema.

Na primeira situação, é possível aplicar a lógica do humanismo reconhecedor, considerando-se que se trata de uma relação de objetivação simples iniciada enquanto a pessoa objetivada ainda estava viva.

---

<sup>185</sup> DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 128.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*, p. 128.

Assim, a doação de órgãos de um indivíduo que expressou tal desejo em vida não seria suficiente para a sua coisificação, visto que a vontade de dar um sentido à própria morte basta para afirmar que ambas as partes da relação gozaram de algum benefício relevante. Assim, não há falar em total desconsideração da dignidade do indivíduo.

Ressalve-se que, mesmo nesses casos, já há uma problemática que, embora superável, levanta questionamentos sobre a aceitabilidade do humanismo reconhecedor. Afinal, a vontade de dar sentido à própria morte não se resume necessariamente à mera doação.

Pelo contrário, é possível conceber, por exemplo, uma situação em que o indivíduo, vendo-se próximo de morrer em razão de um acidente de trabalho e sabendo ser o único provedor de sua família, deseje a venda de seus órgãos para que sua morte não seja em vão.

Há, aí, um conflito com um tabu social disseminado em diversas culturas: a vedação à comercialidade de partes humanas. A título ilustrativo, é de se relembrar que tal tabu se encontra tão enraizado na sociedade brasileira que está positivado no já mencionado art. 199, §4º da Constituição do Brasil. De igual modo, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, no seu art. 21º, proíbe expressamente o emprego do corpo humano e de suas partes como fonte de qualquer tipo de lucro.

Todavia, tal fato não é suficiente para fulminar o humanismo reconhecedor, haja vista que ele pode ser utilizado justamente como argumento para a permissão do comércio de órgãos de pessoas falecidas, em que pese o risco de se recair na categoria de crítica autoparalisante da ciência penal<sup>189</sup>.

Neste sentido, é de se ressaltar a presença, na defesa dessa perspectiva, de menção expressa à extração não letal de órgão para transplante<sup>190-191</sup>. Igualmente, há também referência explícita à possibilidade de quebra de outros tabus sociais, como, por exemplo, o caso do canibalismo<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

<sup>190</sup> DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva et al (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

<sup>191</sup> Registre-se, no entanto, que Silva Dias não deixa claro se a menção feita por ele se refere a qualquer extração de órgãos ou se somente à remoção para fins de doação. Cf. DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>192</sup> DIAS, Augusto Silva. *Op. cit.*, p. 128.

Não parece, assim, haver uma contradição interna no humanismo reconhecedor no que tange à questão da venda de órgãos de pessoas mortas. Ao contrário, partindo de uma concepção da ciência penal que não se permite reverenciar nem mesmo o texto constitucional<sup>193</sup>, essa versão do axiologismo humanista parece tecer uma crítica justamente ao acolhimento jurídico desse tabu.

A segunda situação, porém, se mostra mais problemática. Nesse caso, a pessoa falecida não expressou qualquer vontade, seja de realizar a remoção de seus órgãos – para venda ou doação –, seja a de não realizar a extração.

Em situações como essa, nos países que permitem a doação *post mortem* de órgãos, o consentimento para a realização da doação cabe ou aos familiares – como acontece no caso brasileiro –, ou, de certa forma, ao Estado – através da presunção de autorização para a doação de órgãos, como ocorre nos demais países do Mercosul<sup>194</sup>. Percebe-se, deste modo, que, em ambos os casos, a titularidade da decisão cabe a uma pessoa diversa da pessoa falecida.

A partir dessa percepção, e considerando que a pessoa ofendida no consentimento é o titular da decisão, é possível, então, afirmar que não há, na relação bilateral entre o ofendido e o agente que pratica a conduta, qualquer indicador de uma relação de coisificação, independentemente do que se faça com o cadáver do qual se extrairá os órgãos.

Abre-se margem, portanto, para uma disposição absoluta do corpo da pessoa morta, ferindo sua dignidade, ainda que, tecnicamente, ela não tenha mais personalidade jurídica. É possível afirmar, contudo, que, nos países em que há o consentimento presumido, sendo o Estado o titular da capacidade de consentir, ele deve ater-se ao princípio da legalidade, de modo que não seja lícita a disposição para fins diversos do permitido em lei. Todavia, nos países em que a titularidade cabe à família da pessoa morta, não há essa restrição.

Essa problemática, entretanto, possui uma solução. Para tanto, basta expandir a verificação das relações de coisificação para além das relações bilaterais entre o agente e o ofendido, de modo a alcançar até mesmo pessoas não mais existentes. Através desta expansão, possibilita-se que o humanismo reconhecedor supere a questão do consentimento em relação a pessoas já falecidas.

---

<sup>193</sup> Cf. GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 1 e ss.

<sup>194</sup> Para um panorama sucinto das legislações a respeito da doação de órgãos no Mercosul, cf. BUONICORE, Giovana Palmiere. *Tráfico de Órgãos Humanos: Análise Jurídico-Penal e (Bio)Ética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 32 e ss.



Dogmaticamente, não parece haver óbices a esse humanismo reconhecedor expandido. Afinal, considerando que a dignidade da pessoa humana é o princípio jurídico fundamental sobre o qual se assenta as sociedades modernas, pouca polêmica há a respeito do reconhecimento da sua eficácia horizontal<sup>195</sup>, de modo que sua proteção é tarefa de todos, inclusive dos particulares<sup>196</sup>.

Não há, portanto, objeções dogmáticas no sentido de impedir a atribuição, ao ofendido e ao agente, do dever de respeitar e proteger a dignidade da pessoa falecida. Deste modo, o humanismo reconhecedor expandido mostra-se plenamente viável, ao menos em relação à questão do respeito à dignidade dos mortos.

c) Entretanto, a superável questão da dignidade das pessoas falecidas não é a única crítica que se pode fazer ao humanismo reconhecedor. Numa segunda objeção, identifica-se nesta perspectiva uma crítica de dupla dimensão relativa à questão da interferência do Direito Penal nas condutas humanas. Assim, sob um ponto de vista, é possível afirmar que ele representa uma possibilidade de intervenção penal excessiva. Sob outra perspectiva, por sua vez, ele parece ensejar uma tolerância exagerada em relação a certas condutas.

Percebe-se a possibilidade de se alegar a expansão exagerada do Direito Penal ao se aplicar a lógica do humanismo reconhecedor – esteja ele na sua forma expandida ou não – a crimes que tem como elemento o aproveitamento de uma possibilidade de vício de consentimento.

Através do humanismo reconhecedor, é possível que se entenda, por exemplo, pela incriminação indevida do aumento no preço de água ou de outros insumos básicos em regiões vítimas de catástrofes naturais ou em estado de calamidade pública. Afinal, nesses casos, é plausível alegar a exploração da situação de vulnerabilidade das pessoas destas regiões, de modo que, sob a ótica do humanismo reconhecedor, não parece haver o devido reconhecimento de suas dignidades: as pessoas passam a ser coisificadas como mera fonte para o enriquecimento de terceiros.

---

<sup>195</sup> Diferentemente do que ocorre em relação aos direitos fundamentais, cuja eficácia horizontal só parece ser admitida em alguns ordenamentos latino-americanos. Neste sentido, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 92 e ss.

<sup>196</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 92 e ss.

Neste sentido, tem-se, no Brasil, o tipo da usura real<sup>197</sup>, que criminaliza a obtenção de lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou “justo” caso haja exploração de, entre outros, necessidade premente da outra parte, conforme determina o art. 4º, alínea “b” da lei n. 1.521/51<sup>198</sup>.

Em que pese o fato de, no ordenamento brasileiro, a cláusula de bons costumes não se aplicar a situações que não envolvem a disposição do corpo, é possível usar tipos penais brasileiros a título de exemplo hipotético. Assim, na hipótese de haver uma cláusula geral de bons costumes no Brasil, não haveria, segundo o humanismo reconhecedor, a possibilidade de consentimento nos casos da usura real<sup>199</sup>. É nesta linha que parte da doutrina entende a usura como atentatória aos bons costumes<sup>200</sup>.

Num primeiro olhar, a criminalização indireta da usura consentida não parece se tratar de uma intervenção penal excessiva, aparentando poder ser incluída na esfera de liberdade política do Estado. Todavia, uma análise mais detalhada do caso aponta para uma conclusão diversa: a criminalização da cobrança de preços altos em casos de calamidade parece se aproximar de uma expansão moralista do Direito Penal.

Ao examinar a questão, identifica-se argumentos de três ordens: uma relativa ao bem-estar, outra relativa à liberdade e uma terceira relativa à virtude<sup>201</sup>. No que se refere ao bem-estar, argumenta-se, de um lado, que a ausência de restrições ao mercado permite o surgimento

---

<sup>197</sup> A doutrina brasileira distingue a usura real da pecuniária, sendo que esta, definida pela alínea “a” do art. 4º da lei n. 1.521/51, está relacionada à cobrança de juros superiores às permitidas por lei e condutas similares, enquanto aquela, definida pela alínea “b” do mesmo artigo, abarca qualquer lucro patrimonial – e não somente pecuniário – havendo, contudo, um elemento subjetivo, que consiste no abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade. Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de Usura. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 70, 1975, p. 320 e ss.

<sup>198</sup> “Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...) b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.”

<sup>199</sup> Seria possível que se alegasse a impossibilidade de consentimento no crime de usura por se tratar de um tipo penal que protege um bem jurídico coletivo, a saber, a economia popular. Todavia, esta alegação não pode ser considerada adequada, haja vista que tal bem jurídico não parece preencher os critérios necessários para elevá-lo à categoria de bem jurídico coletivo. Assim, ainda que a lei diga o contrário, o bem jurídico tutelado no crime de usura real é o patrimônio. Cf. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7/8, 2012, p. 358 e ss.; no mesmo sentido HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 176 e ss.; e SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 81 e ss.

<sup>200</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 33.

<sup>201</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 14.

de incentivos que promovam uma maior qualidade de vida, enquanto, de outro lado, defende-se que tal qualidade só seria distribuída aos mais abastados<sup>202</sup>.

Quanto a este embate, parece que o argumento pró-mercado deve prevalecer. Afinal, o aumento de preço contribui para a normalização da oferta de bens e serviços, ao passo que a manutenção dos seus valores traria somente a escassez destes para todos – abastados ou não –, visto que não haveria incentivos para que os fornecedores enfrentassem riscos como uma maior insegurança e uma maior dificuldade de transporte. Sendo o preço igual, seria mais fácil, para eles, simplesmente vender o produto em outras localidades menos problemáticas.

No que tange à liberdade, um polo defende que ela só pode ser garantida pelo mercado, que permite que as pessoas atribuam às mercadorias os valores que julgarem pertinentes, ao passo que o outro polo entende que não há, no caso, uma verdadeira liberdade, em razão do estado de calamidade<sup>203</sup>.

Neste embate, é até possível que se entenda pela ausência de uma liberdade “pura” nas situações de calamidade pública. Todavia, tal fato não parece suficiente para justificar a vedação ao consentimento no crime de usura.

É certo que a relação do crime de usura com o consentimento, em si, se mostra problemática. Afinal, como dito acima, trata-se de um tipo peculiar em que o vício do consentimento parece figurar como um de seus elementos. No entanto, num exame mais aprofundado, percebe-se que não se trata, na usura, de um vício do consentimento em si, mas da criminalização do aproveitamento de situações em que há a possibilidade de haver esse vício.

Neste sentido, diferencia-se a usura do instituto civil da lesão: na segunda, a lei está dirigida à vontade de quem sofreu seus efeitos, considerando-a defeituosa e tornando anulável – e não nulo – o negócio jurídico<sup>204</sup>. Na usura, por sua vez, se presume que a vontade da vítima está intacta, reprovando-se a vontade do agente, de modo que o negócio jurídico passa a ser nulo<sup>205</sup>.

Assim, é possível vislumbrar situações em que o contratante, ainda que esteja em premente necessidade, não se sinta lesado e consinta genuinamente com o negócio. Imagine-se

---

<sup>202</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 14.

<sup>203</sup> *Idem, ibidem*, p. 14 e ss.

<sup>204</sup> GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 33.

<sup>205</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

uma situação em que, após um terremoto, um cidadão contrate um pedreiro para reconstruir sua casa por um valor dez vezes acima do normal, tendo verdadeiramente aceitado como adequado o valor estabelecido para o serviço.

Neste caso, não parece haver uma violação aos bons costumes, ainda que o pedreiro não tenha consciência da aceitação genuína do contratante e tenha agido com o fim de explorá-lo, ou seja, ainda que o pedreiro tenha agido sem reconhecer a dignidade do contratante enquanto pessoa.

Parece menos problemático, portanto, analisar o consentimento no crime de usura da mesma maneira com que se analisa o consentimento nos demais crimes. No caso de um vício, o consentimento será inválido em razão do próprio vício, não sendo necessário recorrer à cláusula dos bons costumes para tanto.

O único argumento contrário à possibilidade de consentimento no crime de usura que resta, portanto, é a questão da virtude. Segundo esta objeção, a exploração gananciosa da miséria alheia fere um ideal de virtude cívica, de modo que o Estado deve adotar meios para desencorajá-la<sup>206</sup>.

Aproxima-se, assim, do conteúdo da cláusula dos bons costumes conferido pelo humanismo reconhecedor. Ocorre que essa questão da virtude configura justamente uma expansão moralizante do Direito Penal, que passa a ser empregado com o fim de se estabelecer um ideal de sociedade pautado pela mera aversão à ganância.

Na mesma linha, no que se refere à versão do crime de lenocínio anterior à revisão do Código Penal português de 1998<sup>207</sup>, também é possível aplicar uma lógica semelhante à aplicada na questão da usura. Dessa forma, assim como no caso do contratante no terremoto, é possível imaginar uma situação em que uma pessoa resolva se prostituir por vontade legítima, mesmo estando em situação de necessidade econômica.

Tais críticas, contudo, podem também ser superadas. Afinal, em que pese a possibilidade de haver uma situação em que a representação da realidade pelo agente esteja equivocada – de modo que ele acredite plenamente estar explorando ou abusando da desgraça

---

<sup>206</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 15 e ss.

<sup>207</sup> Em 1998, o legislador português retirou do tipo de lenocínio a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade econômica”, o que gerou uma crítica por parte de Silva Dias, justamente no sentido de ter se afastado de uma concepção humanista reconhecidora. Cf. DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 129 e ss.

alheia –, a sua conduta não se amoldará, numa análise dogmática, à ação objetivamente descrita no tipo penal. Noutras palavras, para haver a exploração ou o abuso é preciso haver a sua efetiva prática, não sendo suficiente o mero ânimo de explorar ou de abusar do agente.

Desta forma, nos casos em que há vontade legítima, sequer há falar em configuração da conduta típica. A análise da aplicabilidade da cláusula dos bons costumes resta, portanto, prejudicada nessas situações.

d) Apesar da superação da crítica relativa à criminalização excessiva, o humanismo reconhecedor deve enfrentar outra objeção referente à intervenção penal: a possibilidade de ele acabar por se mostrar excessivamente leniente com condutas que a sociedade parece não tolerar, recaindo, portanto, na situação da postura autoparalisante da ciência penal<sup>208</sup>.

No que se refere à permissividade penal, uma primeira implicação prática do humanismo reconhecedor que pode ser alegada não se relaciona diretamente com a quebra de um tabu social, mas, sim, com a violação do monopólio da violência física pelo Estado, um dos pilares sobre o qual se assentam as sociedades contemporâneas.

Pense-se, nesta senda, na existência de um grupo de poder paralelo, tal qual as organizações criminosas relacionadas com o narcotráfico ou similares à Máfia italiana. Imagine-se, agora, que, nesse grupo, haja um código de conduta aprovado consensualmente por todos que a ele se submetem e que esse código comina penas corporais em determinados casos.

Assim, na situação em que algum membro desse grupo incide em um desses casos, haveria duas possíveis reações do referido membro em relação à punição a ele imposta. A primeira, compatível com o humanismo reconhecedor, consistiria na modificação do consentimento previamente dado, de modo que a aplicação da pena corporal se tornaria não consentida pelo ofendido.

Neste caso, a manutenção das lesões à integridade física por meio de castigos corporais representaria, sem muita dificuldade, o não reconhecimento da dignidade do sujeito. A rigor, não haveria sequer a necessidade de se recorrer à cláusula dos bons costumes, sendo bastante que se estabeleça a ausência de um consentimento atual.

---

<sup>208</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

Por outro lado, seria possível que esse membro, por uma questão de senso de honra ou mesmo em virtude de sua moral a nível subjetivo, concordasse e assentisse com a aplicação da pena corporal que lhe fosse imposta.

Nesta hipótese, não haveria a retirada do consentimento, como na situação anterior. Igualmente, não haveria falar em ausência de reconhecimento, haja vista que o ofendido é tratado sempre como um sujeito social e participativo que escolhe sofrer a punição em decorrência de seu senso de dever moral.

Ocorre que se pode alegar que a violação da integridade física, nesses casos, representaria também a existência de um arcabouço jurídico-punitivo paralelo ao sistema jurídico oficial e ao Estado. Em resumo, tratar-se-ia do exercício de um mero *potestas puniendi*, num não reconhecimento do *jus puniendi* socialmente legitimado.

E mais, configuraria uma violação aos próprios limites do direito de punir conferido ao Estado, como a vedação à aplicação de penas corporais. Tal fato afetaria a própria noção de civilidade sobre a qual se assentam as sociedades atuais, abalando, de certa maneira, até mesmo a identidade dos indivíduos que as compõem, que, possivelmente, passariam a se enxergar como “primitivos”<sup>209</sup>. Consistiria, portanto, numa consequência do humanismo reconhecedor de difícil aceitação.

No entanto, tal crítica não merece proceder. Afinal, ela ignora o fato de que, ao se tratar do monopólio da violência estatal frente a outras formas ilegítimas de exercício do poder punitivo, afeta-se, para além da integridade física do indivíduo, um segundo bem jurídico: o próprio *jus puniendi*.

O *jus puniendi* pode ser visto como um recurso do Estado essencial à manutenção de suas funções de organização da sociedade. Destarte, insere-se na classificação de delitos de proteção de recursos estatais<sup>210</sup>. Pertencendo a essa categoria, conclui-se que a titularidade do referido bem jurídico deve ser atribuída ao Estado<sup>211</sup>, de modo que a um particular não é dado o poder de consentir sobre ele.

Assim, a questão referente a uma suposta permissividade em relação a crimes relacionados com a usurpação do poder estatal de punir não pode ser oposta ao humanismo

---

<sup>209</sup> Cf. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 10 e ss.; e HELENO, José Manuel. *Identidade pessoal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 73 e ss.

<sup>210</sup> Cf. HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 87, 2010, p. 112 e ss.

<sup>211</sup> Cf. HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, p. 116.

reconhecedor. Afinal, essa questão deve ser resolvida ainda na fase da identificação da relação entre o agente que consente e o bem jurídico lesionado.

Desta forma, não só questões como a de grupos criminosos, como quadrilhas de narcotráfico, mas também as relacionadas à instituição de tribunais populares em comunidades, que usam o poder punitivo à revelia do Estado, não podem ser resolvidas através do recurso à cláusula dos bons costumes. Deve-se pautar, antes, na análise da legitimidade de quem consente, de modo a não afetar a perspectiva humanista reconhecedora.

e) Percebe-se, pelo que foi exposto, que o humanismo reconhecedor desponta como uma teoria capaz de permanecer incólume ao escrutínio de diversos óbices, o que demonstra sua robustez. Há, contudo, uma outra constatação referente à criminalização leniente promovida por esta perspectiva que ela parece não ser capaz de superar.

Para além do comércio de órgãos autorizado pela pessoa falecida, que parece ser uma consequência necessária do humanismo reconhecedor<sup>212</sup>, tal perspectiva também se mostra permissiva à prática de atos degradantes como o do “cinzeiro humano”, desde que praticado em situações diversas dos casos de necessidade financeira<sup>213</sup>.

Neste diapasão, cumpre esclarecer que a limitação da intervenção estatal no âmbito das preferências sexuais configura uma restrição compatível, e mesmo desejável, dentro do paradigma pluralista das sociedades. Afinal, a sexualidade tem uma ligação muito próxima com o livre desenvolvimento da personalidade e, por tabela, com a realização dignidade da pessoa humana<sup>214</sup>.

Todavia, não se pode distinguir as práticas humanas somente entre as de caráter sexual e as de natureza diversa da sexual. Assim, entre os extremos da finalidade erótica, na qual o Estado não deve interferir, e da necessidade de sobrevivência, da qual se deriva um dever estatal de intervenção, há uma gama de motivações que podem levar um indivíduo a aceitar ser

---

<sup>212</sup> Cf. item “b” do tópico 1.2.2.2.1.

<sup>213</sup> Cf. DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. [online]. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisao-clitoridiana.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2017, p. 21.

<sup>214</sup> Neste sentido, cf. OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 133 e ss.

utilizado como “cinzeiro humano”. E nem todas essas motivações parecem receber o mesmo tratamento jurídico.

Pense-se, por exemplo, no contexto da prática das praxes acadêmicas e trotes violentos – ressaltados os casos em que a violência põe em risco a vida do indivíduo. Nestes casos, não parece ser possível alegar uma ausência de reconhecimento da dignidade do ofendido, pois a este sempre cabe a escolha de não participar, mesmo que às custas da diminuição de seu valor social entre os colegas universitários.

Trata-se, portanto, de uma situação limite, em que há uma pressão social suficiente para motivar o indivíduo a consentir com a violência, embora tal pressão não se mostre bastante para configurar uma coação ou uma ausência de reconhecimento de seu *status* como pessoa. Se assim não fosse, a pressão para se fazer uso de bebidas alcoólicas nestes mesmos trotes poderia também ser considerada como coação ou caracterizadora de um não reconhecimento, o que não acontece.

Recai-se, assim, num dilema: ou se admite a prática dos “cinzeiros humanos” no contexto de praxes acadêmicas violentas, ou se deve estabelecer um critério diverso do proposto pelo humanismo reconhecedor como parâmetro para o estabelecimento do conteúdo da cláusula dos bons costumes.

Ademais, além da questão dos trotes e do comércio de órgãos, o humanismo reconhecedor mostra-se expressamente aberto à permissão do canibalismo, desde que não implique a morte do ofendido<sup>215</sup>.

Ocorre que não basta a explícita aceitação, por parte da perspectiva, da quebra desses tabus. É preciso que os demais atores da sociedade também a acolham. E, ao que tudo indica, não parece provável que isso vá acontecer num horizonte próximo.

f) Em suma, pode-se afirmar que o humanismo reconhecedor tem o mérito de aceitar corajosamente suas consequências, não possuindo contradições internas relevantes. Seu problema, porém, reside no fato de que suas implicações muito dificilmente serão totalmente aceitas no meio social, ante a quantidade de tabus a que pretende quebrar.

---

<sup>215</sup> DIAS, Augusto Silva. DIAS, Augusto Silva. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.



Dessa forma, é relativamente seguro afirmar que o humanismo reconhecedor, em que pese sua coerência no plano lógico-racional, incide na categoria de crítica autoparalisante do Direito Penal.

g) Resta demonstrada, portanto, a inadequação das perspectivas atuais sobre a cláusula dos bons costumes. Contudo, há a possibilidade de construção de um novo modelo que permita preencher o conteúdo da cláusula.

Neste sentido, pode-se encontrar, na doutrina, pistas sobre o caminho a ser seguido. Ao se tratar do tema dos valores – que, em última análise, é a questão central do debate sobre teorias da criminalização, direta ou indireta, na qual se insere o debate sobre a cláusula dos bons costumes – é possível traçar um diagnóstico relevante: o Direito Penal tende a se calcar em concepções excessivamente abstratas, promovendo complexas racionalizações sobre o assunto<sup>216</sup>.

Assim, para se evitar tal tendência, convém à ciência penal abrir-se às discussões éticas contemporâneas acerca da relação entre valores e emoções<sup>217</sup>. Afinal, a contemplação dessas perspectivas menos usuais e tradicionais é necessária para a produção de um debate efetivamente científico no âmbito do Direito, em geral, e do Direito Penal, em particular<sup>218</sup>.

A partir das considerações, abre-se a possibilidade de se desenvolver uma concepção sentimentalista do Direito que tenha o potencial de responder aos impasses valorativos nos quais a ciência penal atualmente se encontra. Ademais, cria-se uma oportunidade de ampliação do diálogo entre o pensamento jurídico e os demais atores sociais, evitando-se, desta maneira, uma postura autoparalisante da ciência penal<sup>219</sup>.

Partindo destas constatações, o próximo passo da presente investigação, portanto, será analisar a possibilidade de fundamentação de uma eventual perspectiva sentimentalista da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>216</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 81 e ss.

<sup>217</sup> *Idem, ibidem*, p. 82.

<sup>218</sup> *Idem, ibidem*, p. 86.

<sup>219</sup> GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.

## **2. FUNDAMENTOS PARA UMA PERSPECTIVA SENTIMENTAL**

a) Foi visto no capítulo anterior que as perspectivas atuais não lograram êxito na tarefa de preencher satisfatoriamente o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes. Portanto, tentar-se-á elaborar uma nova perspectiva, pautada por uma concepção sentimentalista do Direito.

### **2.1. OS LIMITES DA RACIONALIDADE E A JUSTIFICATIVA DE UMA CONCEPÇÃO SENTIMENTALISTA**

a) O esforço de construção de uma perspectiva sentimental precisa, inicialmente, demonstrar, de maneira mais aprofundada, os motivos pelos quais se entende pela necessidade de se desenvolver e empregar uma concepção sentimentalista do Direito.

Afinal, vive-se, atualmente, ao menos no meio jurídico, um paradigma de tendências racionalistas, de modo que uma tentativa de superação desse modelo requer, necessariamente, uma justificativa em dois âmbitos: i) primeiramente, a demonstração explícita dos limites do modelo lógico-racional; e ii) a evidenciação dos motivos pelos quais uma concepção sentimentalista do Direito deve ser empregada para se superar esses limites.

#### **2.1.1. O racionalismo entre a autoilusão e a autoparalisação**

a) Apesar de, neste trabalho, já ter sido promovida a exposição de alguns limites da aplicação de um modelo lógico-racional, esta ocorreu apenas de modo incidental. É preciso, portanto, desenvolvê-la e evidenciá-la.

Trata-se de uma questão problemática, haja vista que ela está sujeita ao risco de recair em perspectivas irracionais, incorrendo ou, ao menos, aproximando-se do conceito de ciência como desconstrução<sup>220</sup>.

Neste contexto, é possível encontrar, na doutrina, críticas ao pensamento racional: por exemplo, pode-se sustentar que a ciência baseada em fatos não provados, mas meramente não refutados, seria a demonstração de que a razão não é capaz de satisfazer todas as necessidades

---

<sup>220</sup> GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 2 e ss.

a que se propõe suprir<sup>221</sup>. A partir dessa consideração, há quem defenda que, ante a ausência de provas confirmatórias, a postura mais adequada consiste em confiar as decisões públicas à aleatoriedade<sup>222</sup>.

Entende-se que tal sustentação pode ser caracterizada como equivocada, ainda que se leve em consideração a ressalva de que o recurso à sorte só deve ocorrer diante do esgotamento da capacidade científica de se identificar uma solução<sup>223</sup>. Afinal, fundada numa exigência de certeza absoluta sobre os fatos, ela acaba por, paradoxalmente, fundamentar a promoção de uma maximização de incertezas consubstanciada na defesa da aleatoriedade.

Neste quesito, parece mais adequada uma postura de prudência. Não se quer afirmar, com isso que as ações e compreensões humanas não estarão, de fato, sempre sujeitas à incompletude e à imperfeição<sup>224</sup>. Apenas se pretende negar que todos os inevitáveis erros sejam iguais: afinal, se é certo afirmar que a perfeição é inalcançável, também é certo reconhecer a possibilidade de categorização da imperfeição a partir do seu grau de correção<sup>225</sup>.

Para se trazer um exemplo de outros campos do saber, a chamada teoria do *Big Bang* não é capaz de responder todas as questões que a ela se põem. No entanto, ela se apresenta mais correta, ou mais próxima da perfeição, do que uma teoria que afirme que o universo surgiu ontem.

Nem todas as classificações, entretanto, se mostram tão evidentes e simples quanto as do exemplo fornecido acima. Neste sentido, pode-se trazer questões como a da dissuasão de delinquentes juvenis<sup>226</sup>; o chamado *profiling* racial<sup>227</sup>; debates sobre teorias a respeito da manutenção da ordem social<sup>228</sup>; bem como sobre a pena de morte<sup>229</sup>.

Em todos esses casos, é possível demonstrar a dificuldade em se determinar qual das diferentes teorias sobre os referidos temas se mostra mais próxima da realidade. Subsiste, deste

---

<sup>221</sup> HARCOURT, Bernard E. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: Acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (uma polémica y un manifiesto para el siglo XXI). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 90, vol. XXXI, 2010, p. 37 e ss.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*, p. 38 e ss.

<sup>223</sup> *Idem, ibidem*, p. 40.

<sup>224</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 154 e ss.

<sup>225</sup> *Idem, ibidem*, p. 155.

<sup>226</sup> HARCOURT, Bernard E. *Op. cit.*, p. 29 e ss.

<sup>227</sup> *Idem, ibidem*, p. 31 e ss.

<sup>228</sup> *Idem, ibidem*, p. 33 e ss.

<sup>229</sup> *Idem, ibidem*, p. 35 e ss.

modo, a questão sobre em qual hipótese confiar quando todas as que estão em debate se apresentam coerentes e fundadas em dados<sup>230</sup>.

A resposta mais adequada a essa questão parece ser, contudo, o emprego do diálogo, não como meio de se assegurar a verdade, mas como forma de se reduzir a quantidade de erros<sup>231</sup>. Assim, o debate público e acadêmico deveria continuar enquanto não houver uma confirmação de que uma teoria se sobressai em relação a outra.

Por sua vez, no contexto das deliberações públicas – que muitas vezes exigem uma decisão que não pode esperar por uma conclusão do debate público-acadêmico –, pode-se atribuir a competência para tal escolha às instituições democráticas.

Ou seja, através da participação popular, direta ou indireta, torna-se possível conferir legitimidade às decisões públicas em situações em que há um conflito entre duas teorias igualmente não refutadas. Não é preciso, portanto, recorrer à mera sorte, até porque uma decisão baseada na aleatoriedade careceria justamente de legitimidade.

b) Todavia, em que pese o fato de a solução da aleatoriedade não se mostrar adequada para os problemas por levantados, a reflexão dela derivada traz consigo um tópico capaz de enriquecer a questão sobre os limites da racionalidade.

Ao analisar tal crítica à racionalidade, é possível identificar um fenômeno que frequentemente ocorre quando os fatos empíricos se esgotam ou quando as deduções decorrentes dos princípios aplicados chegam ao seu limite: a manutenção a qualquer custo da razão como único caminho continua, como se fosse uma profissão de fé<sup>232</sup>.

É possível que se traga como exemplo dessa profissão de fé a solução trazida por Diego-Manuel Luzón Peña para a questão do debate entre o determinismo e o livre-arbítrio reacendido pelas descobertas das neurociências.

De acordo com o autor espanhol, a liberdade deve ser considerada como um axioma normativo e, por isso, insuscetível de exigências de demonstração<sup>233</sup>, sendo que a discussão em

---

<sup>230</sup> HARCOURT, Bernard E. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: Acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (uma polémica y un manifiesto para el siglo XXI). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 90, vol. XXXI, 2010, p. 27.

<sup>231</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 206, p. 155.

<sup>232</sup> HARCOURT, Bernard E. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>233</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. In: *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n. 3, 2016, p. 84 e ss.

questão é justamente se a liberdade pode ou não ser entendida como um axioma dos ordenamentos jurídicos<sup>234</sup>.

A esse fenômeno pode-se dar o nome de racionalização. Esta deve ser entendida como o esforço para se manter a racionalidade para além de seus limites, de modo a mascará-los<sup>235</sup>. Ocorre que essa ocultação tem o condão de prejudicar os debates científicos.

Afinal, ao se forçar a evidenciação dos verdadeiros motivos que fundamentam decisões e conclusões, permite-se que o público – científico e leigo – visualize a realidade e os compromissos por detrás das ações, podendo, a partir deles, se posicionar de forma mais clara e consciente das suas causas e consequências<sup>236</sup>. Diante de tal motivo, essa atitude autoilusória<sup>237</sup> da racionalização merece ser rechaçada.

c) Partindo desse entendimento, é possível reconhecer três posturas intelectuais distintas. Nos extremos, tem-se o racionalismo, que advoga o uso da razão como instrumento para a construção de conhecimento; e tem-se o irracionalismo, que sustenta um ataque à razão. A título ilustrativo dessa última postura, traz-se pensamentos passíveis de serem classificados como irracionaisistas, como a afirmação de Michel Foucault segundo a qual todo conhecimento repousa sobre uma injustiça<sup>238-239</sup>.

Situado entre essas duas posturas, tem-se, por fim, o que alguns consideram como síntese do pós-modernismo<sup>240</sup>, mas que aqui se entende por extrarracionalismo. Este, embora reconheça o papel da razão nas discussões jurídicas – no caso da análise desses posicionamentos intelectuais em relação ao Direito –, reconhece também a possibilidade de sua conciliação com elementos de outra ordem, como as emoções, os sentimentos, a aleatoriedade, entre outros.

---

<sup>234</sup> Por se tratar de uma questão complexa e estranha ao objeto desta investigação, não se promoverá mais discussões a respeito do tema, sendo suficiente a demonstração da possibilidade de se classificar a posição de Luzón Peña como uma profissão de fé. Ressalve-se que se trata de uma afirmação de uma possibilidade de alegação e não de uma afirmação categórica, o que demandaria uma pesquisa mais profunda.

<sup>235</sup> Para uma concepção diversa da noção de racionalização, no sentido de simples aplicação do racionalismo, cf. PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da Filosofia Antiga no pensamento contemporâneo. In: *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal*: actas. Coimbra: Minerva, 1988, p. 302.

<sup>236</sup> KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 72 e ss.

<sup>237</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 73.

<sup>238</sup> FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: BACHELARD, Suzanne *et al* (Orgs.). *Hommage à Jean Hyppolite*. Paris: PUF, 1971, p. 170 e ss.

<sup>239</sup> No que couber, aplicam-se ao debate sobre o entendimento de Foucault as mesmas considerações aplicadas ao debate sobre o posicionamento de Luzón Peña.

<sup>240</sup> Cf. PEREIRA, Miguel Baptista. *Op. cit.*, p. 301 e ss.

Desta forma, pode-se afirmar que a principal característica dessa postura consiste justamente no combate, não à razão em si, mas à postura autoilusória a qual o racionalismo muitas vezes acaba adotando.

Não se trata, portanto, de um repúdio à razão caracterizado pelo apelo a lendas grosseiras e pela indiferença a contradições<sup>241</sup>. Mas, sim, de uma atitude contrária a um racionalismo exacerbado que faça uso da racionalização quando a razão se mostra insuficiente, ignorando a possibilidade de se utilizar outros recursos.

Trata-se, portanto, de uma abertura crítica ao diálogo com outras formas de compreensão do mundo, rejeitando um racionalismo totalitarista<sup>242</sup>. Pode-se dizer que, no extrarracionalismo, se busca, em suma, uma forma mais completa de racionalidade, capaz de reconhecer a existência de outros elementos para além da razão<sup>243</sup>.

d) É o caso, por exemplo, da identificação de situações em que a sociedade aprova incondicionalmente certas reações emocionais, como o repúdio à crueldade com animais, que antecedem uma reconstituição racional, a qual configuraria mera racionalização<sup>244</sup>.

Neste sentido, convém demonstrar diferentes exemplos de racionalizações a respeito da incriminação dos maus tratos aos animais. Num primeiro exemplo, tem-se as tentativas promovidas por Luís Greco. Inicialmente, o autor chegou a defender a criminalização da conduta como uma mera exceção à teoria do bem jurídico<sup>245</sup>. Posteriormente<sup>246</sup>, percebe-se o desenvolvimento de uma teoria fundada no reconhecimento de uma autonomia dos animais superiores<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 50.

<sup>242</sup> PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da Filosofia Antiga no pensamento contemporâneo. In: *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal*: actas. Coimbra: Minerva, 1988, p. 303.

<sup>243</sup> HOGGETT, Paul; THOMPSON, Simon. Toward a Democracy of Emotions. In: *Constellations*, vol. 9, n. 1, 2002, p. 123.

<sup>244</sup> POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 287.

<sup>245</sup> GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91.

<sup>246</sup> A obra da qual se extraiu a defesa da incriminação dos maus tratos como mera exceção foi publicada originalmente em 2004.

<sup>247</sup> GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, n. 3, 2010, p. 57.

De modo similar, Claus Roxin originalmente defendia a incriminação dos maus tratos aos animais com base na solidariedade em relação aos animais<sup>248</sup>. Num segundo momento, ele também passou a sustentar tal incriminação como uma exceção à teoria do bem jurídico<sup>249</sup>. Por fim, o autor alemão passou a justificar a criminalização da crueldade com animais a partir de uma teoria do bem jurídico estendida a outras criaturas além do ser humano<sup>250</sup>, o que, de certa forma, chega a pôr em risco a coerência da teoria do bem jurídico em si<sup>251</sup>.

O que se pode constatar, nos casos das mudanças de posicionamento de ambos, é uma constante tentativa de trazer, muitas vezes a altos custos – como é o caso da teoria do bem jurídico referente às criaturas defendida atualmente por Roxin –, uma fundamentação para a referida criminalização. Percebe-se, assim, um claro exemplo de racionalização no Direito Penal.

e) Situação relativamente distinta se afigura, no entanto, nos casos que configuram limites à racionalidade referentes à questão da cláusula dos bons costumes, objeto desta investigação. Diferentemente do exemplo dos maus tratos aos animais, o negacionismo e o humanismo reconhecedor não se caracterizam por racionalizações, de modo que, a princípio, não deveriam ser considerados como limite à racionalidade sob o ponto de vista da postura extrarracionalista.

O que ocorre, nessas perspectivas, é uma atitude diametralmente inversa à prática da racionalização autoilusória: nas situações em que há um conflito entre a razão e outros recursos de ordens diversas do plano lógico-racional, tais perspectivas, no que se pode chamar de racionalismo de coerência extrema – pois acolhe, coerentemente, suas consequências mais radicais –, adotam uma atitude de não ceder a essas ordens.

---

<sup>248</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 59.

<sup>249</sup> *Idem apud* GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90.

<sup>250</sup> *Idem*. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32 e ss.; igualmente, *Idem*. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013, p. 33.

<sup>251</sup> Cf. GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91.

À primeira vista, tal atitude parece representar justamente uma resposta do racionalismo ao problema da racionalização sem que, para tanto, seja necessário se recorrer a um novo paradigma menos desenvolvido do que ele. Através da aplicação da navalha de Ockham<sup>252</sup>, portanto, tal resposta se mostraria suficientemente apropriada para solucionar a questão.

Contudo, trata-se de uma resposta apenas aparentemente satisfatória. Afinal, o racionalismo de coerência extrema configura uma versão excessivamente ensimesmada do racionalismo, ignorando a existência de fatores de ordens diversas.

Desta forma, tal modelo acaba por ser conduzido à já mencionada postura autoparalisante da doutrina jurídica<sup>253</sup>. Afinal, os atores sociais provavelmente tenderão a se recusar a dialogar com uma proposta que ignore a relevância desses demais fatores de ordens variadas. Demonstra-se, assim, a relação que há entre tal postura e os limites da razão.

A existência desses fatores de ordens distintas consiste, portanto, numa imposição da realidade sobre a razão, que, ao se manter firme diante do impulso da racionalização, acaba por perder a capacidade de diálogo com os atores sociais. Pode-se afirmar, dessa forma, que o racionalismo de coerência extrema consiste numa segunda dimensão da mesma limitação que está subjacente à questão da racionalização: a incapacidade de lidar plenamente com a complexidade trazida pela realidade social.

Ou seja, nos casos em que a sociedade, por fatores diversos, parece não aceitar abrir mão de uma incriminação – como parece acontecer com os maus tratos aos animais e o canibalismo –, o modelo racionalista tem somente duas opções: ou adota uma atitude autoilusória, buscando racionalizar a criminalização e revelando a sua limitação; ou apresenta-se numa postura autoparalisante, enfrentando a sociedade sem admitir qualquer possibilidade de diálogo e passando a ser por ela ignorado.

Por esse motivo, o racionalismo puro parece não ser capaz de satisfazer as necessidades decorrentes da tentativa de preencher a cláusula dos bons costumes. Justifica-se, assim, a opção pelo extrarracionalismo.

---

<sup>252</sup> Cf. item “f” do tópico 1.1.1.1.

<sup>253</sup> GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46 e ss.



### 2.1.2. Os motivos para o estabelecimento de uma concepção sentimentalista do Direito

a) Demonstrada a necessidade de superação de uma postura racionalista em benefício de um extrarracionalismo, forçoso é identificar a natureza dos mencionados fatores de ordens diversas que também influenciam nas questões jurídicas.

Ao tratar da questão dos maus tratos aos animais, é possível inferir que os fatores que impõem um limite à razão decorrem de um plano emocional ou sentimental<sup>254</sup>. No entanto, tal sugestão consiste, ao menos a princípio, numa mera intuição. É preciso, portanto, analisar a sua pertinência.

b) A esse respeito, propõe-se um exercício para identificar a natureza da ordem dos fatores que influenciam os juízos de reprovação a determinadas condutas: caso se promova uma sequência de reiterados questionamentos acerca das razões pelas quais certo comportamento é errado (*why-questions*), chegar-se-á a um momento em que não se terá mais um motivo racional para indicar como resposta à pergunta<sup>255</sup>.

Tal momento ocorre quando se atinge os valores básicos do indivíduo, que, não estando sujeitos a práticas de justificação, consistem na origem das razões justificadoras da reprovação, ao invés de estarem fundamentados nelas<sup>256</sup>.

c) É possível, contudo, criticar essa visão alegando que ela se traduz no afastamento completo da razão na formulação dos conceitos morais, algo que as pessoas não parecem dispostas a aceitar<sup>257</sup>.

A essa objeção pode-se trazer dois contra-argumentos. Primeiramente, o afastamento da razão na questão dos conceitos morais não representa o distanciamento completo da razão em questões morais. Apenas significa o reconhecimento dos seus limites, de modo a evitar racionalizações, que, ao invés de contribuir para o esclarecimento das discussões, acabam por obscurecê-las, mascarando a participação de outros motivos por detrás dos fatos.

---

<sup>254</sup> POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 287.

<sup>255</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 29 e ss.

<sup>256</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 32.

<sup>257</sup> FERREIRA, Adelino; RUFFO, Ísis Esteves. Análise da defesa de Jesse Prinz ao internalismo moral. In: *Revista de Estudos Filosóficos*, n. 15, 2015, p. 42.

Ressalve-se, todavia, que, nesta concepção, a razão permanece tendo um papel fundamental no debate moral. A diferença é que sua função se limita à evidenciação dos fatos, causas e consequências, promovendo, por exemplo, previsões, comparações e analogias pertinentes que permitam uma reavaliação das posturas fundadas nos valores básicos.

Uma segunda resposta à objeção do afastamento da razão na formulação dos conceitos morais reside no trecho em que se afirma a indisposição da sociedade em não aceitar tal distanciamento. Admitindo tal fato como verdade, entra-se numa contradição com a indisposição relativa à aceitação social de determinadas condutas. Assim, nesse conflito de indisposições, é preciso que uma delas seja desatendida.

Diferentemente da reação à aceitação de certos comportamentos, que se mostra mais disseminada socialmente, a oposição ao distanciamento da razão na formulação de conceitos morais parece restringir-se à comunidade acadêmico-científica.

Ocorre que o mundo acadêmico, ao contrário do mundo social mais amplo, não pode se deixar influenciar por fatores diversos da razão. A ciência pode, e até deve – se quiser promover o estudo o mais completo possível –, examinar seus objetos levando em consideração todos os fatores que o influenciam, de modo que cabe à ciência jurídica analisar a participação deles no Direito. Contudo, o método da análise descritiva deve sempre ser pautado pela razão, sob pena de perder a qualidade de ciência.

Desta maneira, a demonstração de limitações de certas convicções, mesmo as mais arraigadas na cultura científica, deve ser suficiente para promover uma readequação e readaptação do mundo acadêmico aos fatos novos. Não cabe, portanto, a alegação de uma indisposição por parte da comunidade científica como meio para se justificar o não acolhimento de um fato demonstrado.

d) O exercício das *why-questions*, porém, demonstra apenas que a razão não é o fundamento para o repúdio a condutas. Ou seja, ele somente se mostra suficiente para afirmar o extrarracionalismo, mas não para justificar uma concepção sentimentalista do Direito, haja vista que, embora permita reconhecer que os fatores de ordens diversas consistem em valores básicos, ele não se mostra capaz de indicar a natureza desses valores.

Ao tratar do tema das características das emoções, é possível encontrar um consenso teórico a respeito de três atributos relevantes: primeiramente, elas possuem um objeto<sup>258</sup>; em segundo lugar, este objeto é intencional, ou seja, sua atuação em relação à emoção se dá da maneira como ele é visto ou interpretado pelo indivíduo que a sente<sup>259</sup>; por fim, no que interessa no momento, as percepções típicas das emoções guardam uma conexão com valores<sup>260</sup>.

No entanto, tal constatação, embora indique a sensatez da intuição, ainda não é suficiente para provar que ela esteja correta. Afinal, a percepção da correlação entre emoções e juízos morais ou valores básicos pode indicar dois tipos distintos de relação.

Por um lado, tal percepção poderia apontar para uma relação de constituição, na qual os valores básicos seriam compostos por emoções<sup>261</sup>. Por outro, ela assinalaria uma relação de causalidade, na qual os mesmos valores possuiriam efeitos emocionais<sup>262</sup> – o que, trazendo a questão à doutrina penal, se assemelharia à prestigiada visão do meio jurídico que sustenta que os sentimentos deflagrados em relação a certas condutas somente expressam uma reação à lesão de bens jurídicos<sup>263-264</sup>.

Neste contexto, o exame de uma série de adaptações do chamado dilema do bonde (*trolley case*), permite perceber que a tendência de rejeição moral à ação é proporcional à intensidade emocional da ação<sup>265-266</sup>.

Tal fato sugere uma conexão entre sentimentos e os valores básicos suficientemente forte para que se possa afirmar a existência de uma relação de constituição ou, ao menos, de uma influência relevante das emoções sobre os valores básicos, e não o contrário.

Assim, embora não configure uma prova definitiva da citada relação de constituição, tal constatação parece ser suficiente para se demonstrar a relevância dos sentimentos e emoções para as discussões jurídicas, mormente nos casos em que a razão chega ao seu limite e nos quais se debate sobre valores. Evidencia-se, desta maneira, os motivos para o estabelecimento de uma concepção sentimentalista do Direito.

---

<sup>258</sup> NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 27.

<sup>259</sup> *Idem, ibidem*, p. 27 e ss.

<sup>260</sup> *Idem, ibidem*, p. 30 e ss.

<sup>261</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 23.

<sup>262</sup> *Idem, ibidem*, p. 23.

<sup>263</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013, p. 33.

<sup>264</sup> Tal visão será abordada posteriormente.

<sup>265</sup> PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 24 e ss.

<sup>266</sup> A experiência com adaptações dos dilemas do bonde será abordada posteriormente.

## 2.2. CRITÉRIOS DE VALIDAÇÃO

a) Para prosseguir com o esforço de desenvolvimento de uma perspectiva sentimental da cláusula dos bons costumes, cumpre recapitular, de modo sucinto, as objeções que foram opostas às correntes já estudadas, de forma a demarcar os limites aos quais a nova perspectiva deve respeitar para que se possa promover uma efetiva contribuição à ciência penal.

Ter-se-á, desta forma, os indicadores necessários para se estabelecer, de modo relativamente objetivo, a adequação ou a inadequação da perspectiva a ser proposta<sup>267</sup>. Segue, portanto, o elenco dos doze critérios de validação extraídos das críticas às outras perspectivas:

- I. Uma teoria que pretenda superar as falhas das perspectivas anteriores deve primeiramente atentar ao argumento pluralista<sup>268-269</sup>. Deste modo, não se pode permitir que uma maioria imponha uma restrição da autonomia a ponto de impedir a inserção e o convívio social de minorias.
- II. De igual maneira, o argumento da arbitrariedade deve ser observado<sup>270</sup>. Assim sendo, é preciso estabelecer critérios objetivos capazes de reduzir significativamente a margem de interpretação e valoração do conceito de bons costumes por parte do julgador.
- III. Ainda, caso se estabeleça uma teoria que faça menção a uma ordem objetiva de valores, é imperioso que ela contenha as respostas para as questões sobre o como se ter acesso a essa ordem objetiva e sobre quem detém a capacidade de ter esse acesso<sup>271</sup>.
- IV. Similarmente, se a nova perspectiva fizer referência a uma ordem subjetiva de valores, será forçoso que se demonstre o ganho social advindo da imposição dessa ordem subjetiva sobre aqueles que não a respeitam<sup>272</sup>.
- V. No mesmo sentido, faz-se necessário preservar o paradigma atual da relação entre o Estado e o indivíduo<sup>273</sup>. Destarte, é preciso demonstrar de que forma a restrição da autonomia individual se compatibiliza com a noção de que cabe ao Estado servir aos indivíduos, e não estes àquele.

---

<sup>267</sup> Sobre a noção de indicadores, cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 72 e ss.

<sup>268</sup> Remeter-se-á ao tópico onde o critério foi observado primeiramente. Deve-se registrar, contudo, que isto não significa que somente a perspectiva abordada no tópico mencionado padece da falha em comento.

<sup>269</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>270</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>271</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>272</sup> Cf. item “g” do tópico 1.1.1.1.

<sup>273</sup> Cf. item “d” do tópico 1.1.1.2.

- VI. Deve-se, também, desenvolver uma perspectiva que se mostre capaz de dialogar com os demais atores sociais, mostrando-se apta a fornecer elementos críticos sem, contudo, reduzir-se a uma postura autoparalisante<sup>274</sup>.
- VII. Uma perspectiva que se pretenda adequada deve, de igual maneira, estabelecer uma distinção entre o Direito e a moral<sup>275</sup>. Ou seja, ainda que haja uma interseção parcial entre ambas as esferas, é preciso que se demonstre os limites de cada uma.
- VIII. Igualmente, uma teoria que busque preencher satisfatoriamente o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes não pode se basear na proteção paternalista do interesse individual contra a ação do próprio indivíduo, devendo extrair sua fundamentação da proteção do interesse social<sup>276</sup>.
- IX. A nível dogmático, a elaboração de uma nova teoria deve conferir à cláusula dos bons costumes um conteúdo que lhe garanta uma função específica, de modo que ela não se resuma a uma mera ratificação de outros institutos ou de outros momentos de análise<sup>277</sup>.
- X. Por outro lado, não se pode permitir que a cláusula dos bons costumes esvazie significativamente outros institutos jurídico-dogmáticos, como o consentimento<sup>278</sup>.
- XI. Outro elemento relevante para a validação de uma futura perspectiva consiste na elaboração de uma teoria capaz de conferir um caráter geral à cláusula dos bons costumes<sup>279</sup>. Poder-se-á, assim, criar uma resposta sistemática que não resvale na análise meramente casuística, e sem qualquer unidade teórica, em relação a cada tipo penal específico.
- XII. Em igual direção, é preciso desenvolver uma perspectiva que se proponha universalmente aplicável aos diferentes ordenamentos jurídicos<sup>280</sup>. Evita-se, desta forma, a proposição de um modelo explicativo que só possa ser empregado em um único país e possibilita-se a construção de uma ciência penal útil independente de fronteiras nacionais.

---

<sup>274</sup> Cf. item “f” do tópico 1.1.2.

<sup>275</sup> Cf. item “f” do tópico 1.1.2.

<sup>276</sup> Cf. item “c” do tópico 1.2.1.1.

<sup>277</sup> Cf. item “e” do tópico 1.2.1.1.

<sup>278</sup> Cf. item “e” do tópico 1.2.1.1.

<sup>279</sup> Cf. item “g” do tópico 1.2.1.2.

<sup>280</sup> Cf. item “g” do tópico 1.2.1.2.

b) Caso uma teoria que se proponha a superar as falhas das perspectivas atuais sobre o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes não atenda esses doze critérios, não há outra conclusão a não ser declará-la inadequada por incapacidade de responder às objeções feitas às teorias anteriores.

### 2.3. OS SENTIMENTOS NAS TEORIAS ATUAIS DA CRIMINALIZAÇÃO

a) Demonstrada a necessidade de se observar esses critérios, cumpre iniciar a construção da teoria sentimental da cláusula dos bons costumes a qual esta investigação pretende estabelecer. Para tanto, faz-se necessário observar, num breve panorama geral, qual é a relação entre as emoções e a doutrina penal, sobretudo no que tange às teorias da criminalização.

Em relação à função que os sentimentos podem exercer no âmbito da pesquisa jurídica, é possível identificar a existência de três diferentes eixos temáticos: a atribuição de responsabilidade jurídica, a construção da legitimidade e efetividade do Direito e a tomada de decisão jurídica<sup>281</sup>.

A bem da verdade, tal cartografia se mostra incompleta. Afinal, ela não se mostra capaz de englobar todas as diferentes abordagens investigativas sobre as interações entre as emoções e o mundo jurídico. Com efeito, ela se mostra excessivamente focada na leitura do Direito a partir das emoções, deixando de abarcar análises da influência do Direito nas emoções como, por exemplo, propostas de utilização de instrumentos jurídicos para cultivar determinados sentimentos na sociedade<sup>282</sup>.

Nesta linha, encontra-se, na doutrina, propostas de uma taxonomia das pesquisas jurídicas relacionadas a emoções que se mostra mais abrangente<sup>283</sup>. Nesta, é possível apontar seis diferentes abordagens: a centrada nas emoções (*emotion-centered approach*)<sup>284</sup>; a do

---

<sup>281</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 92 e ss.; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito & Emoções: uma proposta de cartografia*. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD e Editora PUC-Rio, 2014, p. 118 e ss.

<sup>282</sup> ABRAMS, Kathryn. Seeking Emotional Ends with Legal Means. In: *California Law Review*, vol. 103, 2015, p. 1661 e ss.

<sup>283</sup> MARONEY, Terry A. Law and Emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. In: *Law and Human Behavior*, vol. 30, 2006, p. 125 e ss.

<sup>284</sup> *Idem, ibidem*, p. 125 e ss.

fenômeno emocional (*emotional phenomenon approach*)<sup>285</sup>; a da teoria emocional (*emotion-theory approach*)<sup>286</sup>; a da doutrina jurídica (*legal doctrine approach*)<sup>287</sup>; a teoria do Direito (*theory-of-law approach*)<sup>288</sup>; e a dos atores jurídicos (*legal actor approach*)<sup>289</sup>.

Entretanto, ao trazer distinções de difícil visualização para quem não esteja familiarizado com uma concepção sentimentalista do Direito, a proposta sêxtupla acaba por se mostrar excessivamente minuciosa, podendo até mesmo ser considerada prejudicial para uma boa compreensão do tema. Por este motivo, em que pese sua incompletude, a cartografia tripla parece ser, como se verá, mais adequada para os fins almejados no presente momento.

b) No primeiro eixo, talvez o mais desenvolvido, busca-se analisar os impactos das emoções na ação individual e discutir a sua valoração jurídica<sup>290</sup>. Noutras palavras, trata-se, na ciência jurídico-penal, do debate acerca da influência das emoções no âmbito da culpabilidade.

A rigor, pode-se afirmar que grande parte das abordagens tratadas neste eixo não derivam de uma concepção sentimentalista do Direito<sup>291</sup>. Afinal, o exame da questão das emoções na culpabilidade antecede a ascensão de um paradigma de ressignificação da forma como os sentimentos são considerados sob o ponto de vista jurídico.

Todavia, isto não significa que não existam análises sobre essa interação que possam ser classificadas como sentimentalistas. Neste sentido, é relevante o modelo do princípio da desculpa, elaborado por Maria Fernanda Palma, no qual não só se valora normativamente os sentimentos do indivíduo – como se faria numa abordagem tradicional –, mas também se reconhece a possibilidade de se admitir juridicamente a coexistência de estruturas éticas autônomas pautadas por valores emocionais e capazes de afetar a culpabilidade do agente<sup>292</sup>.

---

<sup>285</sup> MARONEY, Terry A. Law and Emotion: A proposed taxonomy of an emerging field. In: *Law and Human Behavior*, vol. 30, 2006, p. 127 e ss.

<sup>286</sup> *Idem, ibidem*, p. 128 e ss.

<sup>287</sup> *Idem, ibidem*, p. 129 e ss.

<sup>288</sup> *Idem, ibidem*, p. 131.

<sup>289</sup> *Idem, ibidem*, p. 131 e ss.

<sup>290</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 95 e ss.; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito & Emoções: uma proposta de cartografia*. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD e Editora PUC-Rio, 2014, p. 121 e ss.

<sup>291</sup> Cf. NEVES, João Curado. As emoções no sistema exculpatório do Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 169 e ss.

<sup>292</sup> PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 167 e ss.

c) Por sua vez, o eixo da construção da legitimidade e efetividade do Direito provavelmente se apresenta como o menos desenvolvido dos três. Nele, promove-se o estudo das emoções como fatores que contribuem para o cumprimento da lei por parte dos cidadãos e como fatores capazes de garantir que a norma seja considerada legítima<sup>293</sup>.

Diferentemente do que ocorre com a interação entre Direito, emoções e responsabilidade, este eixo é preenchido por perspectivas derivadas exclusivamente de concepções sentimentalistas do Direito.

d) Por fim, tem-se o eixo relativo à tomada de decisões jurídicas. Esse campo de estudo é divisível em duas dimensões: por um lado, pode-se examinar o estado emocional das pessoas responsáveis por essas decisões e, por outro, é possível realizar o que se pode chamar de abordagem da normatividade, promovendo-se investigações sobre os sentimentos sociais que estimulam tais escolhas<sup>294</sup>.

Dentro desse eixo, pode-se, ainda, agrupar as análises com base na atividade estatal. Assim, o estudo dessa forma de interação entre as emoções e o Direito pode focar-se no Poder Legislativo, no Poder Executivo e no Poder Judiciário<sup>295</sup>.

Como se pode deduzir, a questão da cláusula dos bons costumes, por se tratar da interpretação de uma expressão legal, está inserida nas atividades de aplicação da lei, sobretudo a nível jurisdicional.

Por sua vez, seguindo o primeiro critério de divisão interna desse eixo, o problema dos bons costumes representa o estudo dos sentimentos sociais que estimulam a escolha jurídica, uma vez que tal problemática configura uma criminalização indireta, podendo ser enquadrada como uma dimensão da teoria da criminalização.

---

<sup>293</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 98 e ss.; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito & Emoções: uma proposta de cartografia*. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD e Editora PUC-Rio, 2014, p. 125 e ss.

<sup>294</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Op. cit.*, p. 96 e ss.; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Op. cit.*, p. 123 e ss.

<sup>295</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Op. cit.*, p. 97; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Op. cit.*, p. 123.



e) Ainda no âmbito do eixo temático referente à tomada de decisões jurídicas, é possível depreender três diferentes maneiras pelas quais as emoções podem interferir nos processos de escolha a nível penal.

Num primeiro ângulo, as emoções podem ser interpretadas como um dano em si<sup>296</sup>. A nível jurisdicional, é cabível o exame dessa interferência em algumas questões relacionadas a violações da ordem pública (*public nuisance*)<sup>297</sup>, em que é possível discutir, por exemplo, se a exposição a um odor repugnante configura ou não uma perturbação de uma cerimônia funerária, delito tipificado no art. 209 do Código Penal brasileiro.

Uma segunda modalidade de influência das emoções no campo das decisões jurídico-penais que se pode identificar consiste na sua utilização como critério para mensurar a gravidade de uma conduta<sup>298</sup>.

Neste sentido, a análise das emoções pode ser trazida para o âmbito jurisdicional através da avaliação das motivações do crime, como, por exemplo, o exame do motivo torpe, que, por vezes, é entendido pelos tribunais portugueses e brasileiros como aquele que causa nojo ou repugnância<sup>299</sup>.

Por fim, as emoções podem ser usadas como critérios de incriminação<sup>300</sup> ou, por outro lado, de descriminalização. Noutras palavras, é possível se discutir se determinado sentimento social é suficiente para operar como um fundamento autónomo para a classificação de uma conduta como delito ou, também, para justificar que determinada conduta não configure um delito. A título ilustrativo, pode-se trazer a prévia investigação acerca do uso do asco como fundamento para criminalizar comportamentos<sup>301</sup>.

Na seara da aplicação das leis, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário, a consideração das emoções nesse sentido pode ser útil para preencher o conteúdo normativo de cláusulas abertas ou outros elementos normativos sem definições precisas. É o caso, como se pode perceber, da questão da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>296</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 125 e ss.

<sup>297</sup> *Idem, ibidem*, p. 103.

<sup>298</sup> KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 70 e ss.

<sup>299</sup> Cf. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 5.

<sup>300</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 125 e ss.

<sup>301</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 18 e ss.

f) Embora, à primeira vista, possa parecer que, no que tange à normatividade, o Direito Penal seja totalmente avesso à inserção de sentimentos em seu discurso, a realidade mostra que a relação entre as teorias da criminalização e os argumentos sentimentais se mostra complexa. Neste contexto, quando se trata de descriminalização, não parece haver objeções relevantes contrárias ao uso de sentimentos para legitimar a descriminalização de comportamentos.

Com efeito, percebe-se, na doutrina, defesas da possibilidade de a moral atuar como filtro na análise crítica da criminalização de condutas<sup>302</sup>. Embora não se possa confundir moral e sentimentos<sup>303</sup>, é possível depreender, a partir deste posicionamento, uma chancela à utilização dos sentimentos como regras de exclusão de incriminação.

De forma mais explícita, já se demonstrou que um Direito Penal amoral, ou seja, que não seja limitado pela moral, equivale a um Direito Penal exclusivamente consequencialista ou utilitarista, que admite o emprego de qualquer meio por parte do Estado desde que se atinja as finalidades propostas<sup>304</sup>. Assim, caberia ao Estado exercer seu poder em observância de considerações morais<sup>305</sup>, dentre elas o respeito a emoções morais<sup>306</sup>.

Tais entendimentos parecem, à primeira vista, adequados, visto que a interação do Estado com sentimentos, desde que direcionada à instituição de garantias – e não de limitações à liberdade –, não parece configurar uma efetiva imposição sobre minorias e nem ofender a pluralidade da sociedade – critério de validação I<sup>307</sup>.

Nesta linha, pode-se destacar a descriminalização do aborto no caso de gravidez resultante de estupro no Direito brasileiro, não por acaso denominado pela doutrina de aborto sentimental. Tal figura consiste na permissão legal à interrupção voluntária da gravidez praticada por vítimas de violência sexual e, conforme indica seu nome doutrinário, sua autorização deriva do sentimento de proteção e compaixão social em relação à gestante.

---

<sup>302</sup> HÖRNLE, Tatjana. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 184.

<sup>303</sup> Ao tratar da relação entre o Direito e a moral, Tatjana Hörnle identifica três categorias de normas: as normas morais, os argumentos pré-positivos e as normas jurídicas pertencentes ao sistema legal positivo. Cf. HÖRNLE, *Op. cit.*, p. 178. Os argumentos pré-positivos podem ser entendidos como as normas que orientam e vinculam o legislador, embora não se encontrem positivadas no ordenamento. Neste contexto, os sentimentos, para além das normas morais, podem ser enquadrados nessa categoria.

<sup>304</sup> GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 108 e ss.

<sup>305</sup> *Idem, ibidem*, p. 109.

<sup>306</sup> *Idem, ibidem*, p. 145.

<sup>307</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

Todavia, é possível alegar que a instituição excessiva de garantias com base em critérios não-rationais possa violar o critério da pluralidade por acarretar uma proteção deficiente de bens jurídicos de minorias<sup>308</sup>. A repulsa social em relação a condutas homossexuais pode, por exemplo, fazer com que não se os proteja suficientemente.

Assim, pode-se afirmar que a interação entre sentimentos e teorias da criminalização, quando analisadas sob a ótica da exclusão da incidência penal, embora não tenda a ser repudiada pela doutrina, apresenta uma certa incompatibilidade com um Estado plural, sendo, portanto, problemática.

g) Se, por um lado, o emprego de sentimentos para restringir a incriminação de comportamentos, ainda que problemático, não tende a ser rechaçado pela doutrina, o mesmo não se pode dizer quando se analisa os sentimentos como fundamento para a criminalização de condutas. Nesses casos, a doutrina penal atual mostra-se, em geral, refratária ao emprego dos sentimentos e emoções como fundamentos<sup>309</sup>, tratando essa interação como algo inadmissível ou, no máximo, excepcional.

Com efeito, é possível encontrar posicionamentos repudiando expressamente tal utilização, sob a alegação de que esta não é compatível com quaisquer critérios de limitação, o que permitiria, acriticamente, a punição de qualquer conduta, como, por exemplo a homossexualidade<sup>310</sup>.

De modo mais leve, há setores que entendem que os sentimentos não possuem, em regra, utilidade nas teorias da criminalização. Segundo essa linha de pensamento, a indignação de terceiros em relação a certas condutas consiste, em verdade, somente numa reação justificada à

---

<sup>308</sup> Sobre a proibição de proteção deficiente no Direito Penal, cf. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 97 e ss.

<sup>309</sup> Cf. HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 375 e ss.

<sup>310</sup> GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90.

lesão de bens jurídicos<sup>311</sup>, configurando, assim, uma mera relação de causalidade entre a ofensa ao bem e o sentimento surgido<sup>312</sup>.

h) Há, todavia, correntes mais moderadas. Neste sentido, existem posicionamentos que defendem a possibilidade de criminalização de condutas com base em sentimentos considerados legítimos, sendo estes entendidos como os sentimentos que não contradizem um direito do autor da conduta<sup>313</sup>.

De acordo com essa visão pautada exclusivamente nos direitos do agente, uma teoria sentimental da cláusula dos bons costumes representaria, de fato, a incriminação de qualquer conduta imoral, considerando que não existe um efetivo direito a causar dano a outrem. Ou seja, todos os sentimentos sociais referentes a condutas consentidas pela vítima seriam tidos como legítimos, haja vista que não violariam direitos do autor da conduta.

Tal fato esvaziaria de maneira relevante o instituto do consentimento do ofendido – critério de validação X<sup>314</sup> –, além de promover uma confusão entre o Direito e a moral – critério de validação VII<sup>315</sup>. Consiste, desta forma, num caminho inadequado para a formulação de uma nova perspectiva sobre a cláusula dos bons costumes.

Ademais, ainda que se expandisse a ideia de legitimidade para a não violação do direito da vítima que consente, tal visão continuaria inadequada. Afinal, ela representaria uma proteção paternalista do indivíduo contra si mesmo – critério de validação VIII<sup>316</sup>.

Seguindo outra via, poder-se-ia defender a coexistência de tipos penais tradicionais, que protegem bens jurídicos, e tipos penais excepcionais, que se voltam para a proteção de sentimentos e tabus sociais<sup>317</sup>.

---

<sup>311</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013, p. 33.

<sup>312</sup> Cf. item “d” do tópico 2.1.2.

<sup>313</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 17 e ss.

<sup>314</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>315</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>316</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>317</sup> HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 386 e ss.

Todavia, esta perspectiva é essencialmente descritiva, apenas afirmando e demonstrando a existência, de fato, de normas que não se referem a bens jurídicos. Não chega, portanto, a esboçar parâmetros que possibilitem analisar criticamente as incriminações.

Sem instrumentos que possibilitem uma visão crítica da lei, acaba-se por permitir uma ampla margem de interpretação e valoração para quem a aplica – critério de validação II<sup>318</sup>. Desta maneira, uma teoria sentimentalista da cláusula dos bons costumes fundada nesta visão não se mostraria válida.

i) Não se trata, no entanto, de uma perspectiva irrelevante para o debate sobre os sentimentos. Um dos argumentos que embasam tal perspectiva sustenta que, para que se possa incriminar condutas com base em tabus e sentimentos, se faz necessário tratar abertamente deles nos debates, ao invés de buscar sua legitimação através da construção de bens jurídicos problemáticos, como a paz pública<sup>319</sup>.

De certa forma, pode-se afirmar que esse argumento da transparência consiste numa defesa de uma postura extrarracionalista, demandando a inclusão de outros fatores no debate promovido dentro da ciência penal e combatendo a postura autoilusória da racionalização.

j) Destarte, constata-se que os sentimentos possuem uma atuação bidimensional em relação às criminalizações – diretas ou indiretas – de condutas: na dimensão mais polêmica<sup>320</sup>, figuram como fundamento de incriminação; na menos controversa, como regra de exclusão. Contudo, independentemente da aceitação doutrinária, ambas se mostram problemáticas.

Para enfrentar esse problema, é preciso, portanto, demonstrar que a relação entre os sentimentos e a incriminação de condutas não implica, necessariamente, a violação dos critérios de validação. E, para tanto, é imperioso que se promova, primeiro, um aprofundamento filosófico da perspectiva sentimentalista.

---

<sup>318</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>319</sup> HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 390.

<sup>320</sup> Ressalve-se, contudo, que há correntes minoritárias que defendem o uso de qualquer modalidade de argumento no debate sobre a criminalização de condutas. Neste sentido, cf. STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 359 e ss.

## 2.4. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DO SENTIMENTALISMO JURÍDICO

a) Num momento anterior, já foi realizada uma breve incursão na fundamentação filosófica do sentimentalismo jurídico<sup>321</sup>. No entanto, em que pese tal exame ter sido suficiente para se estabelecer a relação entre os sentimentos e os valores básicos extrarracionais, há ainda a necessidade de se fundamentar mais adequadamente a perspectiva sentimentalista, de modo a superar a demonstrada resistência oposta pela doutrina clássica.

### 2.4.1. O sentimentalismo na filosofia

a) Tradicionalmente, como já salientado, a ciência jurídica moderna tem se apoiado no racionalismo, de maneira a haver uma tendência de desconsideração de fatores diversos da razão em diversos campos do Direito.

Neste sentido, destaca-se, por exemplo, o pensamento de Robert Alexy, segundo o qual a legitimidade da ponderação – a operação de aplicação do Direito que lida com valores, sendo a outra a subsunção – reside na sua racionalidade<sup>322</sup>.

Em virtude do predomínio de posicionamentos como o de Alexy, pode-se perceber o motivo pelos quais as teorias da criminalização tendem a evitar as emoções. Afinal, em última instância, essas teorias podem ser consideradas como uma forma de ponderação, ou seja, uma forma de aplicação de valores no Direito.

b) A hegemonia racionalista no meio jurídico, contudo, não é aleatória. Pelo contrário, ela está filiada a uma tradição filosófica que tem dominado o Ocidente<sup>323</sup>, sobretudo a partir da filosofia kantiana.

Com efeito, a influência da filosofia kantiana no campo da normatividade, ética ou jurídica, tem sido bastante sólida. E, segundo o pensamento de Kant, é através da razão que a

---

<sup>321</sup> Cf. tópico 2.1, sobretudo o tópico 2.1.2.

<sup>322</sup> ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131.

<sup>323</sup> Cf. HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 413; igualmente, HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. In: *Psychological Review*, vol. 108, n. 4, 2001, p. 814 e ss.

representação do dever e da lei moral é capaz de influenciar a ação humana de modo mais poderoso do que qualquer outra forma de incentivo, como os sentimentos morais<sup>324</sup>.

Por esse motivo, para Kant – e, por conseguinte, para grande parte daqueles a quem sua filosofia influenciou – todo e qualquer conceito moral tem como origem a razão *a priori*, não se podendo extraí-los de formas empíricas – e, portanto, contingentes – de cognição, como seria o caso das emoções<sup>325</sup>. Tal visão explica, portanto, a aversão doutrinária a uma concepção sentimentalista do Direito.

Embora Kant tenha exercido uma influência mais direta para a consolidação do racionalismo no campo da ética, não se pode deixar de reconhecer a contribuição de outros pensadores. Com efeito, é possível encontrar, na história da filosofia moral ocidental, diversos exemplos de pensamentos favoráveis a uma supremacia da razão.

Neste sentido, em linha relativamente distinta do pensamento kantiano, mas igualmente racionalista – ao menos no plano moral –, John Locke defende que o conhecimento moral está tão sujeito à certeza real quanto o matemático<sup>326</sup>. Noutras palavras, significa dizer que o conhecimento moral possui uma natureza objetiva, sendo acessível através da razão.

Também classificável como racionalista – no sentido amplo que foi adotado neste trabalho –, Tomás de Aquino, numa linha teológica, promove uma hierarquização entre a razão e as emoções (paixões), pondo aquela em posição de relevância, sob a alegação de que Deus – entidade perfeita – é dotado somente de razão<sup>327</sup>.

Ademais, segundo Tomás de Aquino, é exigido, nos atos de virtude, uma capacidade de discernimento a qual as paixões não só não são capazes de fornecer, mas também possuem o condão de obstaculizá-la<sup>328</sup>. Deste modo, elas retirariam o mérito da ação quando atuassem como fundamento da vontade<sup>329</sup>.

Todavia, deve-se ressaltar que Tomás de Aquino aponta duas situações em que as paixões podem ser consideradas positivas. A primeira – que não se pode entender como plenamente positiva –, reside na atuação pecaminosa instigada por alguma paixão, pois se

---

<sup>324</sup> KANT, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 27 e ss.

<sup>325</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

<sup>326</sup> LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. 27. ed. Londres: T. Tegg and Son, 1836, p. 433.

<sup>327</sup> AQUINO, Tomás de. *As paixões da alma: quaestiones disputatae de veritate: questão 26*. São Paulo: Edipro, 2015, p. 122 e ss.

<sup>328</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>329</sup> *Idem, ibidem*, p. 124 e ss.

reputa mais censurável um pecado cometido por uma escolha racional maliciosa do que por uma demonstração de debilidade<sup>330</sup>.

A segunda, por sua vez, consiste no surgimento das paixões em um momento posterior ao juízo racional, ou seja, o surgimento da paixão como reação e não como motivação para uma vontade<sup>331</sup>. Tomás de Aquino considera tal caso positivo porque demonstra uma obediência à razão daquilo que chama de apetite inferior, além do fato da paixão ser mais próxima do movimento do corpo, permitindo uma maior prontidão na ação<sup>332</sup>.

Com esta exposição meramente descritiva de pensamentos racionalistas de diferentes épocas, objetivou-se somente demonstrar que, ao menos no Ocidente, a razão, por diferentes vias, gozou de uma longa história de predileção em detrimento das emoções. Isto não significa dizer, no entanto, que seu posicionamento passou incólume até o presente momento.

Pelo contrário. Diferentes críticas específicas podem ser opostas a cada um dos pensamentos aduzidos acima. Porém, considerando-se o escopo do presente trabalho – que não versa sobre a filosofia ou história do racionalismo em si –, parece suficiente, ao menos para o momento, reafirmar que, como já visto<sup>333</sup>, a aplicação prática do racionalismo no campo jurídico, quando atinge seus limites, não conduz a resultados satisfatórios em termos de aceitação social.

c) Assim, para se possibilitar uma fundamentação de uma nova perspectiva jurídica sobre a cláusula dos bons costumes, recorrer-se-á a desenvolvimentos filosóficos que divergem dessa orientação racionalista, pautando-se por um extrarracionalismo focado em concepções que incluem as emoções na análise ética.

Um dos primeiros movimentos de oposição ao racionalismo moral na Modernidade surgiu na Grã-Bretanha, nomeadamente a partir de David Hume. De acordo com o filósofo escocês, diferentemente do que pensava Tomás de Aquino<sup>334</sup>, a razão não detém a capacidade de motivar a vontade<sup>335</sup>.

---

<sup>330</sup> AQUINO, Tomás de. *As paixões da alma: quaestiones disputatae de veritate*: questão 26. São Paulo: Edipro, 2015, p. 121.

<sup>331</sup> *Idem, ibidem*, p. 124 e ss.

<sup>332</sup> *Idem, ibidem*, p. 125.

<sup>333</sup> Cf. tópico 2.1.1.

<sup>334</sup> AQUINO, Tomás de. *Op. cit.*, p. 122 e ss.

<sup>335</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 413 e ss.



Pelo contrário: a razão não teria a aptidão de estabelecer os propósitos de uma vontade, mas apenas de indicar as relações de causa e efeito ou demonstrar se as consequências de determinada ação apontam ou se distanciam de determinado objetivo<sup>336</sup>. Em suma, a função da razão seria apontar questões de fato ou de relações<sup>337</sup>.

Para se demonstrar tal afirmação, pode-se observar que de nada adianta um indivíduo saber racionalmente que determinada conduta pode possibilitar o seu enriquecimento pessoal se não houver um estímulo que lhe dê vontade de enriquecer. Ele só agirá nesta direção acaso haja a presença de algo que lhe impulse no agir.

E tal impulso deriva da perspectiva de dor ou prazer que determinada situação pode causar. Ao se ter essa perspectiva, sente-se uma consequente emoção de aversão ou propensão, determinando, assim, a vontade de evitar ou buscar essa insatisfação ou satisfação<sup>338</sup>. É a partir desta constatação que se pode inverter a relação hierárquica usualmente estabelecida entre a razão e as emoções. Para se utilizar a expressão de Hume, aquela é escrava destas<sup>339</sup>.

Concebendo que o estabelecimento da vontade parte das emoções, e não da razão, pode-se inferir que esta também não possui a aptidão para prevenir ou interferir de algum modo na vontade<sup>340</sup>.

Em suma, a razão possui a mera função de distinguir o falso do verdadeiro, sendo que as vontades, emoções e ações não se definem de acordo com tal código, pautando-se, antes, pela distinção entre o louvável e o condenável. Afasta-se, dessa forma, a concepção de Locke, que aproximava os juízos morais dos juízos matemáticos<sup>341</sup>, passando a aproximá-los dos juízos estéticos<sup>342-343</sup>.

Estabelece-se, destarte, a primeira premissa na construção do pensamento filosófico que fundamenta o sentimentalismo. Por óbvio, tal premissa não é suficiente para demonstrar a natureza emocional dos juízos morais, ou seja, dos valores básicos que compõem a questão da ética prática. É preciso, por isso, estabelecer uma segunda premissa lógica.

---

<sup>336</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 413 e ss.

<sup>337</sup> *Idem*. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751, p. 201.

<sup>338</sup> *Idem*. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 414.

<sup>339</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 415.

<sup>340</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 414 e ss.

<sup>341</sup> LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. 27. ed. Londres: T. Tegg and Son, 1836, p. 433.

<sup>342</sup> HUME, David. *Op. cit.*, p. 576 e ss.

<sup>343</sup> HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. In: *Psychological Review*, vol. 108, n. 4, 2001, p. 816.

Para tanto, é preciso investigar os juízos morais. Neste esforço, é possível observar que tais juízos possuem a capacidade de influenciar as ações, afetos e vontades do ser humano<sup>344</sup>, estabelecendo, dessa forma, a segunda premissa do sentimentalismo.

Deste modo, assumindo que: i) a razão não é capaz de determinar na vontade de agir; e ii) os juízos morais detêm tal capacidade; conclui-se, por fim, que as regras da moralidade não podem derivar da razão<sup>345</sup>.

É a partir desta conclusão que se pode sintetizar o pensamento de Hume e desta investigação: o papel da razão consiste em instruir sobre as tendências e características das ações, ao passo que os sentimentos operam como critérios de distinção moral destas ações<sup>346</sup>.

Assim, o vício pode ser entendido como uma ação mental ou qualidade capaz de conferir um sentimento de desaprovação a quem as avalia, e a virtude seriam aquelas que estimulassem um sentimento de aprovação<sup>347</sup>.

#### 2.4.1.1. A questão da empatia

a) Contudo, a ideia de juízos morais pressupõe a possibilidade de se analisar as condutas praticadas na sociedade, ou seja, ações que nem sempre envolvem o indivíduo avaliador de maneira direta. Dessa forma, não parece haver, à primeira vista, uma ligação entre emoções, percebidas individualmente, e fatos que não envolvem o sujeito.

Precisa-se, desta maneira, estabelecer uma forma de conexão entre os sentimentos e tais ações sociais, de modo a determinar como um comportamento que envolve somente terceiros pode ser capaz de ser avaliado por um indivíduo.

b) A solução original desse problema residia no recurso ao conceito daquilo que Hume chamou de *sympathy*, que atualmente vem sendo entendido como empatia<sup>348</sup>. Trata-se da

---

<sup>344</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 455 e ss.

<sup>345</sup> *Idem, ibidem*, p. 457.

<sup>346</sup> *Idem. An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751, p. 199.

<sup>347</sup> *Idem, ibidem*, p. 203.

<sup>348</sup> *Idem, A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 574 e ss.

capacidade de se transferir os afetos e sentimentos de uma pessoa a outra sempre que as causas das emoções se tornam perceptíveis<sup>349</sup>.

No entanto, a conceituação de empatia se mostra uma questão mais complexa do que tal solução. Neste sentido, aponta-se a similaridade de tal conceito com outros, como simpatia, compaixão, piedade e pena<sup>350</sup>.

Em relação aos sentimentos de piedade e pena, deve-se destacar que eles guardam consigo um sentimento de desigualdade em relação ao seu objeto<sup>351</sup>, de modo que sua diferenciação em relação à empatia parece ser uma tarefa não tão problemática.

Situação mais complicada, porém, refere-se à distinção entre empatia e simpatia. Nas duas parece haver a aptidão de compartilhamento de sentimentos. Todavia, a simpatia aparenta conter um elemento a mais: o sentimento de fraternidade entre seres humanos<sup>352</sup>.

Pode-se traçar, a partir dessa consideração, uma conclusão a respeito da natureza da empatia e da simpatia: nenhum dos dois conceitos consistiriam numa emoção em si, mas, sim, numa habilidade emocional relativa à capacidade de introdução no mundo sentimental de terceiros. A diferença residiria, portanto, no fato de a empatia ser uma versão neutra desta habilidade<sup>353</sup>, ao passo que a simpatia configuraria uma versão enviesada positivamente em virtude do sentimento de irmandade que a complementa.

Neste sentido, pode-se afirmar que a versão neutra dessa habilidade não se orienta a ninguém, ao passo que a versão enviesada é voltada para uma ou mais pessoas<sup>354</sup>. Ou seja, sente-se empatia com alguém e simpatia por alguém<sup>355</sup>.

Uma leitura da *Ética* de Benedictus de Spinoza permite uma melhor visualização dessa distinção. A partir dela, pode-se dizer que a simpatia está representada na proposição 21 da sua terceira parte<sup>356</sup> – com a devida ressalva de que o amor, na filosofia de Spinoza, tem o

---

<sup>349</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 576.

<sup>350</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 139.

<sup>351</sup> RÍO VILLEGAS, Rafael del. Benevolencia y Compasión. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. XXV, 2014, p. 101.

<sup>352</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

<sup>353</sup> LAZARUS, Richard S. *Emotion and Adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 289.

<sup>354</sup> SINGER, Tania; LAMM, Claus. The Social Neuroscience of Empathy, In: *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1156, n. 1, 2009, p. 84.

<sup>355</sup> *Idem, ibidem*, p. 84.

<sup>356</sup> “Proposição 21. Quem imagina que aquilo que ama é afetado de alegria ou de tristeza será igualmente afetado de alegria ou de tristeza; e um ou outro desses afetos será maior ou menor no amante à medida que, respectivamente, for maior ou menor na coisa amada”. Cf. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 2. ed. 6. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 113.

significado específico de uma alegria acompanhada da ideia de uma causa exterior<sup>357</sup>. Por sua vez, a empatia se consubstancia na proposição 27 da mesma parte<sup>358</sup>.

c) Tal conclusão parece superar certas críticas feitas à ideia de empatia como condição prévia para a avaliação moral de condutas sociais, ou seja, a noção de que ela é a fundação dos juízos morais.

Antes, porém, é preciso examinar o conteúdo destas críticas. Ao estudar as possíveis relações entre a empatia e os juízos morais, Jesse Prinz descreve e critica seis possíveis hipóteses: a constitutiva, na qual a empatia configura um elemento necessário do juízo moral; a desenvolvimentista, na qual a empatia exerce uma função na construção da capacidade moral; a epistêmica, na qual a empatia possui um papel epistêmico necessário ao juízo moral; a motivacional, na qual a empatia é um requisito para uma motivação moral; e a causal, na qual a empatia é necessária para deflagrar um juízo moral<sup>359</sup>.

Não cabe, aqui, analisar pormenorizadamente todas as críticas que Prinz faz a cada uma dessas hipóteses, pois tal esforço seria redundante, ante a concordância com a maior parte dos argumentos, além de representar um desvio desnecessário em relação à discussão desta investigação. Portanto, far-se-á uma análise somente das objeções das quais se discorda.

Adota-se, aqui, a hipótese causal. Todavia, com algumas modificações em relação à forma como ela é inicialmente descrita. Como visto, tal hipótese é apresentada como aquela que considera que o sentimento de aprovação ou desaprovação de uma conduta não são capazes de surgir sem, antes, haver uma resposta empática por parte do avaliador<sup>360</sup>.

Em relação a essa descrição, são levantadas duas objeções. A primeira diz respeito a condutas perpetradas contra o próprio indivíduo: uma pessoa não precisaria sentir empatia para consigo mesma para que ela fosse capaz de desaprovar uma conduta praticada contra si<sup>361</sup>.

Tal argumento, todavia, só tem certa validade se se considerar que a empatia é necessária para todos os juízos morais, e não somente para os juízos morais que não envolvem o avaliador.

---

<sup>357</sup> SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 2. ed. 6. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 108.

<sup>358</sup> “Proposição 27. Por imaginarmos que uma coisa semelhante a nós e que não nos provocou nenhum afeto é afetada de algum afeto, seremos, em razão dessa imaginação, afetados de um afeto semelhante”. Cf. SPINOZA, Benedictus de. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>359</sup> PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 216 e ss.

<sup>360</sup> *Idem, ibidem*, p. 219.

<sup>361</sup> *Idem, ibidem*, p. 219 e ss.

No entanto, o recurso ao argumento da empatia é trazido justamente para explicar como é possível realizar juízos morais de comportamentos que envolvem somente terceiros.

É possível, frente a essa constatação, reformular a descrição da hipótese causal, determinando que, segundo ela, o sentimento de aprovação ou desaprovação de uma conduta que envolva somente terceiros não são capazes de surgir sem, antes, haver uma resposta empática por parte do sujeito avaliador.

De todo modo, mesmo em alguns – mas não todos – casos que envolvem diretamente o sujeito avaliador, é possível visualizar uma interferência da empatia. Neste sentido, a empatia influencia a análise da aprovação ou desaprovação da própria reação violenta a um furto famélico, por exemplo.

A segunda objeção, no entanto, se mostra mais complexa. Através de alguns estudos empíricos, pode-se concluir que é mais difícil sentir empatia em relação a condutas que não afetem diretamente um indivíduo, mas uma coletividade ou toda a humanidade<sup>362</sup>. Deste modo, a empatia funcionaria em relação às violações de ordem individual, mas teria menos efeitos no que tange a violações de ordem coletiva.

Neste caso, tem-se um argumento forte, haja vista que não cabe questionar as investigações como premissas – muito embora se pareça fazer uma confusão entre compaixão e empatia ao trazer um dos estudos que sustentam essa visão<sup>363</sup>. Ocorre que a conclusão decorrente não parece ser capaz de ser extraída dessas premissas.

Afinal, se de fato é possível sustentar uma maior dificuldade de se sentir empatia quanto mais abstrata for a noção da vítima, isso não significa, todavia, afirmar que a empatia seja necessária.

Aliás, tal constatação chega mesmo a corroborar com a hipótese causal, haja vista que é capaz de explicar o motivo pelo qual há um rol maior de condutas reprováveis entre aquelas que afetam diretamente um indivíduo, bem como por quais motivos esse rol diminui à medida em que a representação da vítima da ação se coletiviza ou se torna menos concreta.

Tal percepção pode ser observada, por exemplo, no Direito Penal, ao se constatar uma maior quantidade de crimes que afetam bens jurídicos individuais do que coletivos. Por esses motivos, as críticas à hipótese causal não parecem proceder.

---

<sup>362</sup> PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 220 e ss.

<sup>363</sup> Cf. PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 221.

Não obstante, há uma outra categoria de críticas à empatia. Se, inicialmente, foram trazidas críticas teóricas, traz-se, neste momento, argumentos de ordem consequencialista para defender o não acolhimento da noção de que a empatia consiste em algo necessário aos juízos morais.

Nesta linha, estudos empíricos demonstram uma tendência de maior compartilhamento de emoções entre pessoas da mesma etnia<sup>364</sup>, no que pode ser chamado de viés de similaridade<sup>365</sup>. Recorrendo-se, mais uma vez, à Ética de Spinoza, pode-se explicar mais facilmente o motivo pelo qual há essa tendência em relação a pessoas da mesma etnia e critérios similares através da proposição 16 da sua terceira parte<sup>366</sup>.

Assim, mesmo que seja possível um juízo de reprovação com base numa empatia pautada pelo viés de similaridade – imagine-se o caso de um brasileiro reprovar outro brasileiro por causa do homicídio de um argentino, por exemplo –, essa tendência seria suficiente para macular o emprego da empatia em geral.

Contra essa crítica, poder-se-ia levantar o que se chama de argumento da perspectiva geral. Segundo esse argumento, é possível ter consciência dos fatores capazes de enviesar o juízo e, a partir daí, promover uma avaliação através de um exercício mental no qual esses fatores não mais existiriam<sup>367</sup>. Rejeita-se esse argumento, no entanto, sob a alegação de que tal exercício raramente é promovido, sendo que uma das prováveis causas desse fato é justamente a empatia<sup>368</sup>.

d) É nesse contexto que se mostra relevante a conclusão derivada da distinção entre simpatia e empatia<sup>369</sup>. A partir dessa diferenciação, é possível conciliar a defesa da empatia com as críticas de ordem consequencialistas.

---

<sup>364</sup> Cf. XU, Xiaojing *et al.* Do You Feel My Pain? Racial Group Membership Modulates Empathic Neural Responses. In: *The Journal of Neuroscience*, 2009, vol. 29, p. 8528; e GUTSELL, Jennifer; INZLICHT, Michael. Empathy constrained: Prejudice predicts reduced mental simulation of actions during observation of outgroups. In: *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 46, n. 3, 2010, p. 844 e ss.

<sup>365</sup> PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 227 e ss.

<sup>366</sup> “Proposição 16. Simplesmente por imaginarmos que uma coisa tem algo de semelhante com um objeto que habitualmente afeta a mente de alegria ou de tristeza, ainda que aquilo pelo qual a coisa se assemelha não seja a causa eficiente desses afetos, amaremos, ainda assim, aquela coisa ou a odiaremos”. Cf. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 2. ed. 6. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017, p. 110.

<sup>367</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 581 e ss.

<sup>368</sup> PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>369</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

Assim, o ataque promovido pelo argumento do viés da similaridade pode ser lido como uma crítica, não à empatia, mas, sim, à simpatia<sup>370</sup>. E mais, a empatia pode ser vista justamente como o elemento fisiológico capaz de fundamentar o argumento da perspectiva geral.

Desta forma, não se faz necessário o recurso ao sentimento da preocupação para substituir a empatia, como sugere Jesse Prinz<sup>371</sup>. Evita-se, deste modo, outros problemas, como, por exemplo, a vinculação do sentimento de preocupação a uma situação de necessidade do indivíduo que figura como seu objeto.

A empatia, diferentemente da preocupação, se mostra mais ampla, sendo capaz de promover juízos de aprovação ou desaprovação mesmo em situações em que não há um sujeito em necessidade<sup>372</sup>. A título meramente ilustrativo, pode-se trazer o caso da aprovação moral da conduta de um atleta que, ao ficar em segundo lugar numa competição, reconhece a vitória do seu adversário e o aplaude, caso que dificilmente seria explicado tendo por base o sentimento de preocupação.

Destarte, pode-se afirmar que uma habilidade emocional de compartilhamento de sentimentos é necessária para a deflagração de sentimentos de aprovação e de desaprovação, que, por sua vez, consubstanciam os juízos de moralidade. No entanto, essa habilidade nem sempre virá na sua versão neutra, a empatia, podendo surgir, também, na sua forma qualificada e enviesada pelo sentimento de fraternidade, que é denominada de simpatia.

Percebe-se, assim, um fato que merece atenção. Ao se adotar esse modelo, passa-se a entender a empatia como uma habilidade emocional que tem menos força do que a simpatia, haja vista que, como sugerem as pesquisas empíricas mencionadas, esta figura entre as causas para o abandono da última. Tal fato é relevante, pois consiste num argumento para se incentivar a empatia e desestimular a simpatia.

e) Um segundo problema referente à questão da empatia pode ser levantado. Na forma como foi proposta originalmente, a empatia, nos casos em que o avaliador está envolvido na ação avaliada, acaba por possibilitar uma confusão entre o sentimento de aprovação e desaprovação moral e o mero sentimento decorrente do mero interesse pessoal do sujeito<sup>373</sup>. É

---

<sup>370</sup> Em linha similar, cf. KAUPPINEN, Antti. Empathy, Emotion Regulation, and Moral Judgment. In: MAIBOM, Heidi Lene (Ed.). *Empathy and Morality*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 102 e ss.

<sup>371</sup> PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 230 e ss.

<sup>372</sup> Para uma sucinta definição de preocupação, cf. PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>373</sup> Cf. SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790, p. 118 e ss.

preciso, portanto, estabelecer uma forma de diferenciação do que se pode chamar de sentimento genuíno do sentimento egoístico.

Para solucionar esse problema, pode-se recorrer ao aprofundamento da noção inicial de empatia promovido por Adam Smith: o conceito de espectador imparcial<sup>374</sup>. Para tanto, deve-se partir da premissa de que o ser humano possui uma ânsia de identificar seu merecimento de aprovação ou desaprovação perante seus pares, o que faz com que se passe a realizar um autoexame das próprias emoções e condutas, buscando enxergá-las como elas são vistas pela sociedade<sup>375</sup>.

Assim, para se atender a essa ânsia, acaba-se por promover uma “divisão” do indivíduo em duas pessoas: a primeira é o agente cuja conduta será avaliada, que representa o sujeito em si; a segunda consiste num espectador imaginário e distanciado na posição do qual o indivíduo se coloca, passando, portanto, a observar os fatos sob seu ponto de vista<sup>376</sup>. Desse modo, torna-se possível a realização de um juízo moral sobre si próprio, superando o problema da distinção entre os sentimentos egoísticos e os genuínos.

f) É possível, no entanto, que se objete contra a possibilidade de realmente se colocar na posição desse espectador imparcial. Na visão de Hume, por exemplo, a empatia parece consistir num mero compartilhamento da sensação sentida num momento específico<sup>377</sup>, de maneira a se tornar difícil a capacidade de se imaginar como um terceiro avaliador que esteja durante a realização de um juízo moral mais complexo e, portanto, mais prolongado no tempo.

Tal objeção pode ser superada através de uma revisão da capacidade da empatia. Nesta direção, entende-se que a empatia não atua necessariamente através da visualização da emoção de terceiros em si, podendo operar a partir da consideração da situação em que esse sentimento surge, de forma a existir situações em que o observador sente emoções que mesmo o observado não sentiu<sup>378</sup>.

E mais, diferentemente do que Hume propõe, a empatia na visão aprofundada de Smith possui uma contundência que permite um certo esquecimento transitório das próprias emoções,

---

<sup>374</sup> SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790, p. 99 e ss.

<sup>375</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

<sup>376</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

<sup>377</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 384.

<sup>378</sup> SMITH, Adam. *Op. cit.*, p. 7.



para se perceber efetivamente as sensações da pessoa observada<sup>379</sup>. É baseado nesta definição que se possibilita a mencionada “divisão” do espectador em duas pessoas<sup>380</sup>.

Numa síntese, Adam Smith, em seu movimento, rejeita o modelo de fatiamento temporal (*time-slice of emotion*) proposto por Hume, para elaborar uma proposta de um complexo processo bipartido (*two-step process*) em que se promove, primeiramente, um reconhecimento e um entendimento completo da situação em que se encontra a pessoa avaliada para, depois, se perceber os sentimentos que surgiriam caso o espectador se visse nessas circunstâncias<sup>381</sup>.

Permite-se, assim, que um indivíduo possa fazer uma análise moral de suas próprias condutas sem que, para tanto, se recaia em emoções egoísticas. Por outro lado, ao se criar a remissão à figura de um observador distanciado, fornece-se um exercício mental que facilita o afastamento de formas potencialmente nocivas de compartilhamento de sentimentos, como a já trabalhada simpatia, em favor de modelos não enviesados de compartilhamento, como a empatia.

Desta forma, no que se pode identificar como uma certa valorização da razão, o sentimentalismo passa a atribuir ao pensamento racional a aptidão para promover a visualização de uma situação hipotética capaz de acionar a habilidade empática. A partir desse estímulo advindo da razão, deriva-se uma resposta emocional que dará origem a um juízo moral relativo à ação observada.

É neste sentido que se pode afirmar que a introdução do conceito de espectador imparcial na noção da empatia consegue conjugar a pretensão de universalidade e objetividade do racionalismo com a proposição de uma natureza motivacional e emocional dos juízos morais feita pelo sentimentalismo<sup>382</sup>. Desenvolve-se, assim, um modelo compatível com demandas de ambas as correntes filosóficas.

---

<sup>379</sup> SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790, p. 4 e ss.

<sup>380</sup> *Idem, ibidem*, p. 101.

<sup>381</sup> CUNNINGHAM, Andrew S. The strength of Hume's ‘weak’ sympathy. In: *Hume Studies*, vol. 30, n. 2, 2004, p. 247.

<sup>382</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 51.

#### 2.4.1.2. A questão do conteúdo das emoções

a) Dentro da filosofia sentimentalista é preciso, porém, definir a relevante questão sobre qual é o conteúdo das emoções. Neste contexto, há, basicamente, duas vertentes: o cognitivismo, que propõe que os sentimentos constituem crenças sobre o seu objeto<sup>383</sup>; e o não-cognitivismo, que defende que as emoções consistem num conjunto de sinais somáticos<sup>384</sup>.

Esta divisão não consiste numa mera discussão puramente teórica. Pelo contrário, ela é capaz de produzir efeitos práticos relevantes. Neste sentido, como se verá posteriormente, o acolhimento ou repúdio de algumas emoções no Direito podem ser corroborados ou combatidos com base em argumentos derivados da adoção de uma das vertentes<sup>385</sup>.

b) O cognitivismo surge como uma resposta a teorias que repudiam o sentimentalismo com base em alegações de que as emoções não são capazes de promover juízos morais em virtude de sua natureza irracional<sup>386</sup>. Trata-se do denominado problema da avaliação racional (*rational assessment problem*)<sup>387</sup>.

A corrente cognitivista consegue resolver essa questão ao relacionar os sentimentos a uma crença cognitiva – muitas vezes complexa – sobre seu objeto<sup>388</sup>. Em sua versão mais características, o cognitivismo chega a sustentar que os sentimentos consistem essencialmente nessas crenças, sendo estas condições necessárias e suficientes para a constituição de uma emoção<sup>389</sup>.

Desta forma, a ocorrência de sinais fisiológicos relacionados a emoções, embora possa eventualmente ser verificada<sup>390</sup>, não é um elemento necessário para a constatação da existência ou inexistência de uma determinada emoção<sup>391</sup>.

O cognitivismo tem a vantagem de explicar sem maiores problemas a possibilidade de um tetraplégico, cujas conexões entre a pressão sanguínea central e os mecanismos de regulação

---

<sup>383</sup> Por todos, cf. NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 33 e ss.

<sup>384</sup> Por todos, cf. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 50 e ss.

<sup>385</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99 e ss.

<sup>386</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 24 e ss.

<sup>387</sup> PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 60 e ss.

<sup>388</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 28 e ss.

<sup>389</sup> *Idem, ibidem*, p. 33 e ss.

<sup>390</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>391</sup> *Idem, ibidem*, p. 56 e ss.

das pulsações cardíacas estão interrompidas, ser capaz de perceber sentimentos<sup>392</sup>, ante a impossibilidade de demonstração de sinais somáticos corporais. Dessa forma, parece estar demonstrada a necessidade e suficiência de uma mediação cerebral das emoções.

c) O problema do tetraplégico, todavia, pode ser enfrentado através do argumento de que os impulsos típicos das emoções continuam existindo e apenas se mantêm bloqueados pela ação de fatores externos, de maneira que os sentimentos fiquem somente mascarados, mas não inexistentes.

Esse contra-argumento, no entanto, parece indicar justamente a proposição do cognitivismo: não há necessidade de sintomas corporais para a configuração de emoções, bastando, para tanto, uma mediação cerebral e, portanto, uma cognição.

Trata-se, porém, de uma constatação que parece inadequada. Afinal, ela pressupõe que toda e qualquer mediação cerebral representa, necessariamente, uma forma de cognição. Contra essa pressuposição, é possível levantar a chamada crítica à elasticidade do conceito de cognição<sup>393</sup>.

Para se entender essa crítica, convém, primeiro, constatar a possibilidade de que uma emoção como o medo possa surgir sem que, para isso, haja um reconhecimento (*awareness*) – entendido como a habilidade de se promover relatos verbais em situações de escolhas forçadas – das circunstâncias em que o indivíduo se encontra<sup>394</sup>. Seria o caso do chamado medo cego (*blindfright*)<sup>395</sup>, como o medo de avião, ainda que saiba que ele esteja em plenas condições.

É certo que o cognitivismo pode responder a essa questão através da ampliação do conceito de juízo cognitivo, não havendo a necessidade de se envolver somente a parte do cérebro responsável pela cognição, mas qualquer forma de mediação cerebral<sup>396</sup>. Com efeito, pode-se encontrar obras cognitivistas que estabelecem como conceito de cognição o mero recebimento e processamento de informação<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 58.

<sup>393</sup> SCARANTINO, Andrea. Insights and Blindspots of the Cognitive Theory of Emotions. In: *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 61, n. 4, 2010, p. 734 e ss.

<sup>394</sup> *Idem, ibidem*, p. 734.

<sup>395</sup> *Idem, ibidem*, p. 734.

<sup>396</sup> *Idem, ibidem*, p. 742.

<sup>397</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 23.

A essa forma de objeção dá-se o nome de estratégia elástica, porquanto representa a ampliação do conceito de cognição sempre que for necessária para superar uma crítica ao cognitivismo<sup>398</sup>. Ocorre que tal estratégia acaba transformando o cognitivismo em algo irrelevante – por dizer somente o óbvio – ou não falseável – por sempre incorporar qualquer crítica que lhe seja feita<sup>399</sup>.

Numa síntese desta estratégia, sempre que os não-cognitivistas identificam uma determinada propriedade das emoções que não se enquadra no conceito de cognição, os cognitivistas afrouxam as definições desse conceito para reafirmar que as emoções representam juízos cognitivos<sup>400</sup>.

Com efeito, e neste sentido, identifica-se ao menos quatro diferentes definições de cognição, que são empregadas de acordo com a conveniência do argumento cognitivista<sup>401</sup>: i) cognição como qualquer forma de processamento de informação<sup>402</sup>; ii) cognição como atitudes propositivas, como crenças, mas também desejos<sup>403</sup>; iii) cognição como estados intencionais bipartidos em que há um estágio que envolve avaliações e um que consiste num conteúdo não conceitual<sup>404</sup>; e iv) cognição como crenças e conhecimentos<sup>405</sup>. Como se percebe dos exemplos citados em cada uma das definições, é possível notar um intercâmbio desses diferentes sentidos feito de maneira indistinta<sup>406</sup>.

Macula-se, assim, o cognitivismo, pois se percebe que tal corrente, sempre que se depara com uma objeção contundente, abandona o sentido estrito de cognição que parece defender em prol de um sentido amplo que todos parecem concordar. Noutras palavras, o cognitivismo se utiliza de características da cognição em seu sentido mais abrangente para sustentar que as emoções consistem em cognições em seu sentido mais restrito.

---

<sup>398</sup> SCARANTINO, Andrea. Insights and Blindspots of the Cognitive Theory of Emotions. In: *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 61, n. 4, 2010, p. p. 742 e ss.

<sup>399</sup> *Idem, ibidem*, p. 746.

<sup>400</sup> *Idem, ibidem*, p. 745.

<sup>401</sup> MILLÁN, Gustavo Ortiz. Nussbaum on the cognitive nature of emotions. In: *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía*, vol. 39, n. 2, 2016, p. 124 e ss.

<sup>402</sup> Para exemplos de utilização neste primeiro sentido, cf. NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 23; e *idem. Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 198.

<sup>403</sup> Para exemplos de utilização neste segundo sentido, cf. NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 25; e *idem. Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 188.

<sup>404</sup> Para um exemplo de utilização neste terceiro sentido cf. NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 65.

<sup>405</sup> Para um exemplo de utilização neste quarto sentido cf. NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>406</sup> MILLÁN, Gustavo Ortiz. *Op. cit.*, p. 125 e ss.

d) Para além da objeção da elasticidade do conceito de cognição, há ainda uma crítica ao cognitivismo de difícil solução: a objeção da circularidade. De acordo com ela, a compatibilidade entre o sentimentalismo e o cognitivismo se mostra problemática<sup>407</sup>.

Afinal, se o sentimentalismo estiver correto, então se pode afirmar que os juízos morais contêm emoções. Porém, se o cognitivismo estiver certo, é possível também asseverar que as emoções contêm juízos morais. Desta forma, se ambas as premissas forem verdadeiras, conclui-se que os juízos morais contêm juízos morais, revelando uma incapacidade de preenchimento do seu conteúdo.

e) Todavia, apesar das objeções da elasticidade e da circularidade, a superação do problema da avaliação racional permanece um trunfo do modelo cognitivista em geral. Para enfrentar essa questão, deve-se adotar a noção de avaliações corporificadas (*embodied appraisals*)<sup>408</sup>, visto que parece ser capaz promover uma conciliação entre o cognitivismo e o não-cognitivismo.

De acordo com esta tese, as emoções constituem sinais somáticos – tratando-se, portanto, de uma tese não-cognitivista –, porém orientados – ou, nas expressões do Jesse Prinz, calibrados<sup>409</sup> – para identificar a ocorrência de determinada situação, tal qual um detector de fumaça o faz<sup>410</sup>.

Desta maneira, supera-se o problema da avaliação racional, pois possibilita-se que se verifiquem se uma reação emocional é apropriada ou não a partir da averiguação da adequação da identificação da situação pelo corpo. Ou seja, assim como um detector de fumaça pode indicar, equivocadamente, um incêndio ao invés de um churrasco, uma emoção pode identificar uma falsa relação entre a situação concreta e a avaliação que dela pode decorrer.

Assim, por exemplo, o medo de uma cobra dentro de um aquário pode ser considerado insensato em virtude do fato de que ele representa – no sentido de trazer à mente – uma situação de perigo que não condiz com a realidade<sup>411</sup>.

---

<sup>407</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 55 e ss.

<sup>408</sup> *Idem, ibidem*, p. 60 e ss.

<sup>409</sup> *Idem, ibidem*, p. 63.

<sup>410</sup> *Idem, ibidem*, p. 61 e ss.

<sup>411</sup> *Idem, ibidem*, p. 64.

Através dessa inovação, o não-cognitivismo passa a admitir uma possibilidade de avaliação através das emoções sem, contudo, ter que ignorar a sua forma de sensações corporais nem a transformar em cognições racionais<sup>412</sup>.

Não se faz necessário, portanto, entrar na questão da definição do conceito de cognição e nem se recai, do mesmo modo, na questão da circularidade, pois, de acordo com tal modelo, as emoções não mais contêm juízos morais, mas meros indicadores de situações fáticas.

Assim, ao se acolher a teoria das avaliações corporificadas, evita-se a crítica que tradicionalmente são opostas às tentativas de superar o problema da avaliação racional, afirmando que tal esforço consiste numa intelectualização excessiva das emoções<sup>413</sup>.

#### 2.4.1.3. A questão da dedução do “dever ser” a partir do “ser”

a) É possível, por fim, que se objete que a mera descrição do conteúdo emocional dos juízos morais não seja suficiente para se extrair, dela, uma prescrição, seja moral, seja jurídica. Trata-se da aplicação da Lei de Hume, assim nomeada em razão da constatação, feita pelo filósofo escocês, de que muitos autores acabam, a partir de dado momento da construção de seu sistema moral, alterando as expressões empregadas, passando de uma lógica descritiva para uma lógica normativa<sup>414</sup>.

b) Uma primeira forma de abordar esse problema pode ser encontrada no que se pode chamar de argumento da inferência abdutiva. Segundo tal argumento, a aplicação da Lei de Hume é capaz de eliminar relações dedutivas entre fatos e normas, mas não relações abdutivas, ou seja, inferências favoráveis à explicação mais adequada.<sup>415</sup>

Tal argumento tem relevância, pois, pelo demonstrado, uma explicação sentimentalista, na maneira como foi descrita, parece resolver os problemas que normalmente são considerados

---

<sup>412</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 82.

<sup>413</sup> Cf. SCARANTINO, Andrea. Insights and Blindspots of the Cognitive Theory of Emotions. In: *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 61, n. 4, 2010, p. 734 e ss.

<sup>414</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 469 e ss.

<sup>415</sup> CASEBEER, William D. Moral cognition and its neural constituents. In: *Nature*, vol. 4, 2003, p. 842 e ss.

nos debates metaéticos, bem como parece estar de acordo com descobertas da neurociência e de outros campos do saber, como se verá posteriormente.

Não se trata, todavia, de um argumento definitivo. Assim, ainda que se pese a possibilidade de se estabelecer uma relação abdutiva entre os planos factual e normativo, seria mais conveniente, para a investigação, a demonstração de uma relação efetivamente dedutiva.

c) Para tanto, pode-se levantar o argumento da possibilidade. Este argumento parte do pressuposto de que existem dois sentidos pelos quais se pode entender que uma norma prescritiva pode ser compreendida como excessivamente exigente<sup>416</sup>.

Num primeiro sentido, pode-se falar que a prescrição é excessivamente exigente quando a ação requerida implica um sacrifício muito grande por parte do agente<sup>417</sup>. Nestes casos, não se pode derivar, da mera dificuldade fática – ainda que intensa –, uma necessária consequência normativa, sendo aplicável a Lei de Hume.

Todavia, num segundo sentido, a norma prescritiva pode ser entendida como excessivamente exigente por requerer ações que sejam literalmente impossíveis de serem feitas<sup>418</sup>. Nestas situações, não há como se exigir de uma pessoa a realização do que não pode ser realizado, de modo que, quando os fatos impõem uma impossibilidade, é cabível a dedução de consequências normativas a partir de descrições fáticas.

O argumento da possibilidade pode ser ilustrado pelo exemplo da imparcialidade: a partir da constatação da impossibilidade psicológica de se atuar de maneira totalmente imparcial – uma percepção descritiva e fática –, é possível deduzir que qualquer modelo ético pautado pela imparcialidade total pode ser rejeitado<sup>419</sup>.

Numa outra ilustração, um cliente de um restaurante pode reclamar se o cardápio não tiver muitas opções, entendendo que o restaurante deveria oferecer mais pratos, pois eles existem no mundo fora do restaurante<sup>420</sup>. Todavia, não é possível exigir do restaurante a oferta de carne vermelha com escamas ou peixes com penas, visto que simplesmente não existem<sup>421</sup>.

---

<sup>416</sup> VRANAS, Peter B. M. I ought, therefore I can. In: *Philosophical Studies*, vol. 136, 2007, p. 196 e ss.

<sup>417</sup> *Idem, ibidem*, p. 196 e ss.

<sup>418</sup> *Idem, ibidem*, p. 196 e ss.

<sup>419</sup> PRINZ, Jesse J. Ethics and Psychology. In: SKORUPSKI, John (Ed.). *The Routledge Companion to Ethics*. Nova York: Routledge, 2010, p. 393.

<sup>420</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 387.

<sup>421</sup> *Idem, ibidem*, p. 387.

Assim, partindo-se da premissa, estabelecida pela explicação sentimentalista, segundo a qual não há outra forma de juízo moral que não o constituído pelas emoções, não se pode chegar a outra conclusão que não seja a de que se pode deduzir prescrições a partir das descrições da formação dos juízos morais.

d) No entanto, essa premissa sentimentalista apresenta certos problemas de difícil solução. Desenvolvimentos recentes apontam que, embora as emoções possuam uma predominância na questão da formação dos juízos morais, ainda é possível que a razão possa dar origem a eles.

Com efeito, através da compilação de estudos científicos, pode-se identificar o chamado modelo intuicionista-social, que descreve seis diferentes processos de formação de juízos morais, sendo que, em dois deles, há uma atuação racional<sup>422</sup>. Embora esses dois processos aparentem ser minoritários – tanto em relação à quantidade de processos descritos, quanto em relação à ocorrência no plano fático –, é possível, com o mero reconhecimento da sua existência, refutar a premissa sentimentalista de que as emoções são as únicas fontes dos juízos morais.

Por conseguinte, a aplicação do argumento da possibilidade também acaba por ser refutada. Afinal, deixa de existir a situação fática em que a formação emocional dos juízos morais é a única possibilidade de formação.

No mesmo sentido, pode-se trazer à baila o modelo descritivo do processo dual, que descreve, em relação aos juízos morais, a existência de dois processos psicológicos distintos possíveis<sup>423</sup>. No primeiro, a condução é feita pelas emoções e resulta em juízos deontológicos, ao passo que, no segundo, é a razão quem pauta o processo, que desemboca em juízos consequencialistas<sup>424</sup>.

Assim, a partir desses estudos, a formação racional dos juízos morais deixaria de ser uma tarefa irrealizável – o que justificaria a dedução de um “dever ser” a partir do “ser” – para

---

<sup>422</sup> HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. In: *Psychological Review*, vol. 108, n. 4, 2001, p. 818 e ss.

<sup>423</sup> GREENE, Joshua D. The Secret Joke of Kant's Soul. In: SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Ed.). *Moral Psychology*, Vol. 3: The Neuroscience of Morality: Emotion, Disease, and Development. Cambridge: MIT Press, 2007, p. 59 e ss.

<sup>424</sup> GREENE, Joshua D. The Secret Joke of Kant's Soul. In: SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Ed.). *Moral Psychology*, Vol. 3: The Neuroscience of Morality: Emotion, Disease, and Development. Cambridge: MIT Press, 2007, p. 59 e ss.



se tornar uma tarefa meramente difícil – e, portanto, incorrendo no primeiro sentido de “exigência excessiva”, que não possibilita a extração de consequências normativas<sup>425</sup>.

Os dois modelos apresentados, contudo, não estão imunes a críticas. Em relação ao primeiro, aponta-se que a descrição feita, ao sugerir que as emoções formam, mas não constituem juízos morais, acaba por esvaziar o conteúdo destes, não ficando clara a definição do que os compõem<sup>426</sup>. No mais, afirma-se que não há evidências empíricas acerca da possibilidade de se construir juízos morais sem emoções<sup>427</sup>.

Por sua vez, ao analisar o estudo em que o modelo do processo dual foi baseado<sup>428</sup>, percebe-se que, mesmo nos juízos consequencialistas, há um nível maior de ativação emocional do que nos juízos não morais<sup>429</sup>.

e) Tais críticas, entretanto, pode também ser contra-atacadas. Em relação à primeira crítica ao modelo intuicionista-social, demonstrou-se, apenas, uma incompatibilidade entre ele e o sentimentalismo na forma como está formulado atualmente. Quanto à questão da falta de evidências, de fato somente um dos processos racionais descritos no modelo intuicionista social parece efetivamente envolver a superação racional de um juízo emocional<sup>430</sup>. Porém, ainda assim, e mesmo considerando sua raridade, ele é suficiente para refutar a premissa sentimentalista.

Em seu turno, quanto ao modelo do processo dual, pode-se levantar explicações alternativas sobre o motivo pelo qual, mesmo em juízos consequencialistas, verifica-se emoções: os dilemas apresentados na experiência consistem em situações extremas e não-familiares, de modo que pode despertar respostas emocionais nos indivíduos estudados, como, por exemplo, um desconforto ou vergonha em revelar seus posicionamentos morais<sup>431</sup>.

---

<sup>425</sup> VRANAS, Peter B. M. I ought, therefore I can. In: *Philosophical Studies*, vol. 136, 2007, p. 196 e ss.

<sup>426</sup> PRINZ, Jesse J. Constructive sentimentalism: legal and political implications. In: *Nomos*, vol. 53, 2013, p. 5.

<sup>427</sup> *Idem, ibidem*, p. 5 e ss.

<sup>428</sup> Cf. GREENE, Joshua D. *et al.* An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. In: *Science*, vol. 293, 2001, p. 2106 e ss.

<sup>429</sup> PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>430</sup> Cf. HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. In: *Psychological Review*, vol. 108, n. 4, 2001, p. 810.

<sup>431</sup> MOLL, Jorge *et al.* The neural basis of human moral cognition. In: *Nature*, vol. 6, 2005, p. 803.

f) Assim, não parece haver, ainda, uma refutação ou confirmação evidente à crítica à premissa sentimentalista. Faz-se necessário, portanto, demonstrar os motivos pelos quais uma ética consequencialista, vinculada à razão, não deve ser acatada. Possibilitar-se-á, deste modo, a dedução do dever de se seguir uma futura perspectiva sentimental sobre a cláusula dos bons costumes.

Nesta senda, a aplicação de uma lógica consequencialista no âmbito do Direito Penal, em especial da teoria da criminalização – campo no qual se insere a presente investigação – pode ser criticada em duas frentes.

A primeira consiste na falha empírico-contingente: a determinação sobre se algo atinge ou não determinada consequência cabe, em última análise, ao legislador, que terá sua liberdade de incriminação ampliada excessivamente<sup>432</sup>. Este argumento, no entanto, não parece ter força para determinar a opção por uma ética deontológica ao invés de consequencialista. Afinal, ainda restaria à doutrina demonstrar os erros do legislador, descrevendo as consequências de suas escolhas e constrangendo-o, de modo a ainda ser viável uma perspectiva crítica, ainda que reduzida, da ciência jurídica.

Todavia, a segunda frente se mostra mais relevante. Trata-se do chamado ponto cego do pensamento consequencialista: a ideia de se utilizar argumentos consequencialistas acaba por possibilitar a utilização instrumental de qualquer indivíduo, sob qualquer forma, desde que, através dessa instrumentalização, se atinja a finalidade almejada<sup>433</sup>.

Na mesma linha, pode-se citar o caso hipotético – baseado no conto “*The ones who walked away from Omelas*” de Ursula K. Le Guin – de uma cidade em que todos são felizes, exceto por uma garota inocente presa num porão e que cuja miséria sustenta todo o bem-estar da cidade<sup>434</sup>.

g) O que se demonstra, no argumento do ponto cego, é que o consequencialismo, por si só, é incapaz de diferenciar situações ponderáveis das imponderáveis. Nos dizeres de Hume, não há contrariedade entre a razão e o sacrifício completo do mundo em prol de um dedo de

---

<sup>432</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 82, 2010, p. 176.

<sup>433</sup> *Idem, ibidem*, p. 176 e ss.; igualmente, *Idem. Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 108 e ss.

<sup>434</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 54 e ss.

uma pessoa<sup>435</sup>. E, a depender da finalidade, o consequencialismo adotará uma ou outra ação independentemente dos efeitos colaterais.

Tal fato, inclusive, reflete a relação instrumental entre a razão e as emoções já evidenciada<sup>436</sup>, corroborando, assim, com a associação do consequencialismo à razão e da deontologia às emoções.

Constata-se, dessa forma, que a ética deontológica permite a proteção de indivíduos contra excessos do Estado, o que uma ética consequencialista tem dificuldade de promover. Em síntese, o consequencialismo traz riscos a uma sociedade que se pretenda pluralista – critério de validação I<sup>437</sup> –, pois, em última instância, permite sacrifícios individuais ilimitados em nome do interesse de uma maioria.

A partir desta consideração, conclui-se que uma nova perspectiva a respeito do conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes só pode ser considerada válida – sob a ótica dos critérios de validação previamente estabelecidos neste estudo – caso se encontre pautada por um modelo normativo deontológico, vinculado aos processos de formação emocional dos juízos morais.

Extraí-se, assim, uma justificativa para se passar da linguagem descritiva do ser – referente à explicação da composição dos juízos morais deontológicos – para a linguagem prescritiva do dever ser – referente ao dever de se adotar um modelo deontológico e sentimentalista com vistas à construção de uma nova perspectiva sobre a cláusula dos bons costumes que seja válida de acordo com os parâmetros já definidos.

## 2.5. CORROBORAÇÃO EMPÍRICA DAS NEUROCIÊNCIAS

a) Para além da fundamentação teórica do sentimentalismo, há ainda outro motivo que corrobora para a sua adoção: os estudos neurocientíficos. A partir do final do século XX, pesquisas empíricas no âmbito das neurociências vêm demonstrando a correspondência entre a realidade e as descrições que embasam a corrente sentimentalista.

Diante deste fato, elencar-se-á, a título de reforço argumentativo e de forma mais descritiva, algumas pesquisas que demonstram ou, ao menos, trazem fortes indícios favoráveis

---

<sup>435</sup> HUME, David. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888, p. 416.

<sup>436</sup> *Idem, ibidem*, p. 413 e ss.

<sup>437</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

ao reconhecimento da existência empírica de alguns pontos centrais da teoria do sentimentalismo.

### **2.5.1. A relação entre as emoções e os juízos morais**

a) Um dos primeiros pilares para a construção de uma concepção sentimentalista do Direito consiste na associação entre os juízos morais e as emoções<sup>438</sup>. Cabe, portanto, averiguar o estado da neurociência a respeito desse tema.

Neste sentido, Joshua Greene e Jonathan Haidt promoveram uma revisão de estudos de neuroimagem de pessoas realizando juízos morais, bem como sobre indivíduos que apresentam comportamentos moralmente aberrantes e concluíram que as emoções possuem um papel relevante no processo de formação de juízos morais<sup>439</sup>.

b) No primeiro grupo de estudos, Joshua Greene e sua equipe propuseram para pessoas uma série de casos derivados dos dilemas do bonde enquanto as analisavam através de aparelhos de ressonância magnética funcional<sup>440</sup>.

Por meio deste método, foi possível notar que, no processo de decisão moral, foram ativadas áreas do cérebro que estão associadas ao processamento de emoções<sup>441</sup>. Similarmente, Jorge Moll e sua equipe identificaram que o setor orbital e medial do córtex pré-frontal, bem como a região do sulco superior temporal, são elementos críticos para uma rede cortical-límbica capaz de conectar juízos morais a experiências emocionais<sup>442</sup>. Tais constatações fortalecem a vinculação entre sentimentos e a formação de juízos morais sustentada pelo sentimentalismo.

c) Um dos estudos sobre comportamentos discrepantes a nível moral consiste na análise feita por Hannah Damásio e sua equipe a respeito de Phineas Gage, um indivíduo do século XIX que, após sofrer um acidente na cabeça, passou a se portar de modo absolutamente distinto,

---

<sup>438</sup> Cf. item “d” do tópico 2.1.2.

<sup>439</sup> GREENE, Joshua D.; HAIDT, Jonathan. How (and where) does moral judgment work? In: *TRENDS in Cognitive Sciences*, vol. 6, n. 12, 2002, p. 522 e ss.

<sup>440</sup> GREENE, Joshua D. *et al.* An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. In: *Science*, vol. 293, 2001, p. 2106 e ss.

<sup>441</sup> *Idem, ibidem*, p. 2107.

<sup>442</sup> MOLL, Jorge *et al.* The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions. In: *The Journal of Neuroscience*, vol. 22, n. 7, 2002, p. 2736.

alterando significativamente a sua personalidade<sup>443</sup>. Gage, embora não tenha apresentado qualquer modificação a nível de inteligência e capacidade cognitiva, passou a se mostrar avesso a convenções sociais<sup>444</sup>.

Através de uma recomposição da estrutura craniana e cerebral de Phineas Gage, bem como de seu acidente, Hannah Damásio e sua equipe concluíram que a lesão afetou a área ventromedial de ambos os lobos frontais do cérebro de Gage, regiões cerebrais relacionadas com regulação biológica, processamento emocional, comportamento e cognição social, por exemplo<sup>445</sup>.

Assim, considerando-se que a capacidade lógica de Gage permaneceu intacta, ao passo que suas decisões a nível social e pessoal, bem como seu processamento emocional se mostraram comprometidos, levantou-se a hipótese de que as emoções possuíam alguma relação com o processo decisório e que essa relação também possui alguma conexão com a região ventromedial frontal do cérebro<sup>446</sup>.

Em desenvolvimento posterior, António Damásio, que integrou a equipe que estudou o caso de Phineas Gage, descreve duas síndromes similares relacionadas a lesões na região do córtex pré-frontal<sup>447</sup>.

A primeira síndrome, semelhante ao que ocorreu no caso Phineas Gage, é chamada por António Damásio de síndrome do mau comportamento moral ou síndrome da sociopatia adquirida<sup>448</sup>. Nela, adultos que, antes da lesão à referida área cerebral, demonstravam entender e obedecer às regras morais e convenções sociais passam a apresentar comportamentos antissociais, que são invariavelmente acompanhados por distúrbios no comportamento emocional e incapacidade decisória<sup>449</sup>. Todavia, o neurocientista não identifica, nesta síndrome, variações no âmbito da percepção, movimento, memória convencional, linguagem e raciocínio em geral<sup>450</sup>.

---

<sup>443</sup> DAMÁSIO, Hannah *et al.* The return of Phineas Gage: clues about the brain from the skull of a famous patient. In: *Science*, vol. 264, 1994, p. 1102.

<sup>444</sup> *Idem, ibidem*, p. 1102.

<sup>445</sup> *Idem, ibidem*, p. 1103 e ss.

<sup>446</sup> *Idem, ibidem*, p. 1104.

<sup>447</sup> DAMÁSIO, António. Neuroscience and ethics: Intersections. In: *The American Journal of Bioethics*, vol. 7, n. 1, 2007, p. 3 e ss.

<sup>448</sup> *Idem, ibidem*, p. 3.

<sup>449</sup> DAMÁSIO, António. Neuroscience and ethics: Intersections. In: *The American Journal of Bioethics*, vol. 7, n. 1, 2007, p. 3.

<sup>450</sup> *Idem, ibidem*, p. 3.

Por sua vez, a segunda síndrome descrita por Damásio diz respeito a situações idênticas às da primeira síndrome, ocorridas, porém, com crianças<sup>451</sup>. Nestes casos, verifica-se as mesmas características da síndrome da sociopatia adquirida, com a ressalva de que as crianças não chegam sequer a aprender as regras morais e convenções sociais<sup>452</sup>.

A partir destas duas síndromes, Damásio conclui que, no córtex pré-frontal ventromedial, se interseccionam os sistemas cerebrais responsáveis pelas emoções e pelos processos decisórios geral, social e moral<sup>453</sup>. Tal conclusão, junto com a do estudo sobre Phineas Gage, corrobora com a ideia sentimentalista de que há uma relação entre emoções e juízos morais.

d) Outras pesquisas similares focaram na figura do psicopata. Nicola Gray e sua equipe, por exemplo, identificaram que psicopatas homicidas, em comparação a homicidas não diagnosticados com psicopatia, apresentam um nível menor de reação negativa a atos de violência<sup>454</sup>.

Em sentido aparentemente divergente, Robert J. R. Blair constatou uma tendência, entre psicopatas encarcerados, de não distinção entre violações morais e transgressões sociais<sup>455</sup>. Todavia, diferentemente do que se podia imaginar à primeira vista, verificou-se, também, uma tendência de consideração de ambas as regras como normas independentes de autoridade<sup>456</sup>.

Ou seja, percebeu-se que os psicopatas do estudo viam as transgressões sociais como violações morais – e não o contrário<sup>457</sup> –, o que apontaria para um perfil moralmente mais rigoroso do que o das pessoas comuns.

Tal constatação se mostra desfavorável ao sentimentalismo. Aliás, consistiria numa forte evidência em favor do racionalismo, haja vista que representaria a demonstração empírica do exemplo hipotético do misantropo moral, trazido por Kant<sup>458</sup>. Afinal, para o filósofo

---

<sup>451</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>452</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>453</sup> *Idem, ibidem*, p. 4.

<sup>454</sup> GRAY, Nicola S. *et al.* Violence viewed by psychopathic murderers: Adapting a revealing test may expose those psychopaths who are most likely to kill. In: *Nature*, vol. 423, 2003, p. 497.

<sup>455</sup> BLAIR, Robert James Richard. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, vol. 57, 1995, p. 17.

<sup>456</sup> *Idem, ibidem*, p. 17.

<sup>457</sup> BLAIR, Robert James Richard. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, vol. 57, 1995, p. 20.

<sup>458</sup> KANT, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 14.

prussiano, seria possível que uma pessoa que não nutra qualquer sentimento em relação aos demais seres humanos fosse capaz de agir moralmente somente pelo senso racional de dever<sup>459</sup>.

Contudo, Blair, diante dessa percepção, sugere uma interpretação diversa. Para ele, tal fato se deve a uma tentativa de demonstração de comprometimento moral por parte dos sujeitos estudados, como estratégia para demonstrar sua ressocialização através da pena<sup>460</sup>.

Tal sugestão se mostra corroborada por uma segunda investigação promovida por Blair. Ao comparar crianças que apresentam tendências de psicopatia e crianças sem tal tendência, Blair identificou que o primeiro grupo tinha mais probabilidade de entender violações morais como meras transgressões sociais<sup>461</sup>.

Noutro plano de análise, diversos estudos apontam para a existência de uma insensibilidade às emoções morais entre os psicopatas. Neste sentido, Blair identificou que crianças com tendências psicopatas se mostraram menos influenciáveis por sentimentos relacionados à culpa<sup>462</sup>. Resultado similar foi encontrado por outro estudo liderado por Robert Blair, dessa vez envolvendo psicopatas adultos<sup>463</sup>.

Na mesma linha, estudos que remontam à década de 1970, como o realizado por Albert Aniskiewicz<sup>464</sup>, já indicavam a existência de um menor nível de solidariedade nos psicopatas, o que aponta para uma menor capacidade empática.

Neste contexto, Blair atribui a psicopatia a uma anormalidade no sistema psicológico denominado por ele de mecanismo de inibição de violência<sup>465</sup>. A presença de tal mecanismo no agressor possibilitaria a cessação de atos de violência quando ativado por sinais de aflição por parte do agredido<sup>466</sup>. Assim, uma incapacidade de reconhecimento desses sinais levaria à ausência de emoções morais, podendo, assim, causar a psicopatia<sup>467</sup>.

---

<sup>459</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

<sup>460</sup> BLAIR, Robert James Richard. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>461</sup> *Idem*. Moral reasoning and the child with psychopathic tendencies. In: *Personality and Individual Differences*, vol. 22, n. 5, 1997, p. 735.

<sup>462</sup> *Idem, ibidem*, p. 735.

<sup>463</sup> BLAIR, Robert James Richard *et al.* Emotion Attributions in the Psychopath. In: *Personality and Individual Differences*, vol. 19, n. 4, 1995, p. 435.

<sup>464</sup> ANISKIEWICZ, Albert S. Autonomic components of vicarious conditioning and psychopathy. In: *Journal of Clinical Psychology*, vol. 35, n. 1, 1979, p. 65 e ss.

<sup>465</sup> BLAIR, Robert James Richard. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, vol. 57, 1995, p. 2 e ss.

<sup>466</sup> *Idem, ibidem*, p. 3.

<sup>467</sup> *Idem, ibidem*, p. 10.

Don Fowles propõe um modelo diferente. De acordo com ele, a psicopatia advém de uma falha num sistema de inibição comportamental, mecanismo mais amplo que o de inibição de violência proposto por Blair<sup>468</sup>.

O traço comum a ambos modelos descritivos é, como ressalta Jesse Prinz, o fato de se considerar a psicopatia como uma desordem emocional<sup>469</sup>. Trata-se, portanto, de um indício relevante no sentido da existência de uma relação entre a psicopatia e a inabilidade emocional.

Assim, conjugando os dois planos de análise, quais sejam: i) a associação entre a psicopatia e a incapacidade de distinção entre regras morais e convenções sociais, e; ii) a conexão entre a inabilidade emocional e a psicopatia, é possível visualizar uma correlação entre emoções e regras morais, o que corrobora com a tese sentimentalista.

### **2.5.2. Evidências empíricas relativas a outros aspectos**

a) Outras questões relacionadas ao sentimentalismo não possuem uma base neurocientífica tão robusta quanto à da relação entre as emoções e os juízos morais. Porém, isto não significa que não haja estudos que sustentem, ao menos em parte, algumas delas.

b) Uma dessas questões consiste na base neurológica da empatia. A rigor, a demonstração neurocientífica da empatia não se mostra necessária, haja vista que ela é uma habilidade emocional reconhecida por todos e de fácil percepção. O ônus argumentativo recairia, portanto, em quem alegasse a sua inexistência.

Por este motivo, cabe apenas ressaltar a existência de recentes estudos neurocientíficos que identificaram a existência de um tipo de neurônio – o chamado neurônio-espelho<sup>470</sup> – cujas características e funções de imitação de comportamentos permitem que se promova uma associação entre ele e a empatia.

---

<sup>468</sup> FOWLES, Don C. The three arousal model: implications of Gray's two-factor learning theory for heart rate, electrodermal activity, and psychopathy. In: *Psychophysiology*, vol. 17, n. 2, 1980, p. 96 e ss.

<sup>469</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 46.

<sup>470</sup> Sobre a possível relação entre neurônios-espelho e a empatia, cf. IACOBONI, Marco. Imitation, Empathy, and Mirror Neurons. In: *Annual Review of Psychology*, vol. 60, 2009, p. 663 e ss. Em linha similar, cf. GALLESE, Vittorio. Mirror Neurons, Embodied Simulation, and the Neural Basis of Social Identification. In: *Psychoanalytic Dialogues*, vol. 19, 2009, p. 523 e ss.



c) Por fim, outra questão relevante diz respeito à visão da neurociência no que tange ao embate acerca da natureza cognitiva ou não-cognitiva das emoções. Neste âmbito, convém mencionar o estudo de Joseph E. Ledoux demonstrando que estímulos visuais são capazes de deflagrar respostas emocionais antes do envolvimento da parte cerebral responsável pela cognição<sup>471</sup>.

Tal constatação sugere que não há a necessidade de mediações cognitivas para a deflagração de emoções. Trata-se, portanto, de uma evidência em desfavor do cognitivismo, principalmente se se considerar o modelo desenvolvido por Martha Nussbaum, em que o conteúdo cognitivo representa uma condição necessária e suficiente para a constituição de uma emoção<sup>472</sup>.

d) Com base no que foi exposto através dessa abordagem filosófica complementada por alguns argumentos empíricos, considera-se suficientemente estabelecida a fundamentação para um modelo sentimentalista. Resta, portanto, desenvolver, a partir dela, uma perspectiva jurídico-sentimentalista da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>471</sup> LEDOUX, Joseph E. *apud* PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 57.

<sup>472</sup> NUSSBAUM, Martha. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 33 e ss.

### 3. O CONTEÚDO JURÍDICO-SENTIMENTAL DA CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES

a) O capítulo anterior foi dedicado à fundamentação teórico-filosófica de uma perspectiva jurídico-sentimental da cláusula dos bons costumes. No entanto, a discussão filosófica feita no capítulo anterior preocupou-se, em geral, somente com um plano normativo genérico, não se focando, portanto, nas peculiaridades de um modelo jurídico.

Portanto, faz-se necessário um esforço de transposição da argumentação trazida ao plano do Direito, sendo preciso superar os eventuais obstáculos que possam surgir. Somente após esse esforço será possível, então, discutir efetivamente qual seria o conteúdo jurídico-normativo da cláusula dos bons costumes.

#### 3.1. A TRANSPOSIÇÃO DO PLANO MORAL PARA O PLANO JURÍDICO

a) Retomando o exercício das *why-questions* referente ao repúdio a condutas, pode-se perceber que os elementos irreduzíveis a que se chega são o aqui se denominou de valores básicos<sup>473</sup>. O mesmo parece ocorrer em sede de criminalizações, que, em última instância, consistem numa categoria de repúdio a comportamentos.

Pode-se, desta maneira, demonstrar a já afirmada existência de uma vinculação entre criminalização e valores básicos<sup>474</sup>. Ocorre que nem todos os valores básicos, cuja natureza emocional foi evidenciada no capítulo anterior, poderiam ser trazidos instantaneamente – isto é, sem nenhuma forma de mediação – para o mundo jurídico.

Se assim o fosse, não haveria distinção entre o Direito e a moral – critério de validação I<sup>475</sup> –, sendo permitido, por exemplo, a criminalização da homossexualidade<sup>476</sup>. Deste modo, uma teoria da cláusula dos bons costumes fundada na aceitação não mediada de valores básicos não seria válida.

---

<sup>473</sup> Cf. item “b” do tópico 2.1.2.

<sup>474</sup> Cf. item “g” do tópico 1.2.2.2.1.

<sup>475</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>476</sup> GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 90.

b) A solução para este problema consiste na estratégia de utilizar os valores constitucionais pautados na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade como filtro – ou porta de entrada<sup>477</sup> – para a juridicização dos valores básicos<sup>478-479</sup>. Numa leitura sentimentalista, tal estratégia consiste, portanto, na filtragem dos sentimentos sociais através da dignidade da pessoa humana<sup>480</sup>.

Assim, as emoções que consubstanciam uma realização da dignidade humana ou do livre desenvolvimento da personalidade podem ser considerados como valores jurídicos fundamentais, ao passo que os demais sentimentos ou valores básicos permanecem abrangidos somente pela esfera da moralidade.

Pode-se afirmar, assim, que uma perspectiva sentimentalista da cláusula dos bons costumes será classificada como uma vertente da categoria do axiologismo humanista. Ou seja, tratar-se-á de uma perspectiva humanista-sentimental.

Deste modo, a referida cláusula pode ser lida como um elemento de inserção da dignidade humana na regulação do consentimento. Resta, portanto, identificar quais sentimentos consubstanciam a realização da dignidade humana, ou seja, qual é o seu conteúdo emocional e, por conseguinte, o da cláusula dos bons costumes.

c) Antes, porém, cabe enfrentar uma problemática referente à juridicização dos sentimentos. Ao se analisar a questão, surge um aparente dilema: se os valores jurídicos são, em última instância, valores emocionais relativos a uma sociedade, a sua imposição representaria uma violação da pluralidade social, já que nem todos teriam a mesma resposta emocional a determinados temas<sup>481</sup>.

À primeira vista, a única alternativa a essa imposição que se parece possível visualizar seria uma radical redução das sociedades ao nível local, criando comunidades morais heterogêneas, no que se pode chamar de feudalismo moral<sup>482</sup>.

---

<sup>477</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 57.

<sup>478</sup> PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 311.

<sup>479</sup> Cf. item “c” do tópico 1.2.2.2.

<sup>480</sup> Pode-se, inclusive, defender que, para além da dignidade, os princípios jurídicos em geral atuam como pontes de diálogo entre a moral e o Direito. Neste sentido, cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2008, p. 231 e ss.

<sup>481</sup> PRINZ, Jesse J. Constructive sentimentalism: legal and political implications. In: *Nomos*, vol. 53, 2013, p. 15.

<sup>482</sup> *Idem, ibidem*, p. 15.

Ocorre que essa redução implicaria o fim do modelo de Estado atual, acarretando potenciais consequências negativas. Neste sentido, pode-se mencionar estudos associando o Estado à diminuição dos índices de violência na espécie humana<sup>483</sup>.

Entende-se, todavia, que tal dilema se trata de uma falsa dicotomia. De fato, é preciso preservar o pluralismo da sociedade – tanto que este é um dos critérios de validação desenvolvidos nesta investigação<sup>484</sup>. Todavia, isto não significa que os valores sociais não podem ser incorporados à ordem jurídica.

Assim, ainda que a proteção do interesse individual frente a imposições autoritárias deva ser prioritária num Direito Penal liberal, o interesse coletivo também deve ser considerado. Afinal, a violação dos valores sociais mais profundos, como os que consubstanciam a dignidade humana, tem o condão de alterar até mesmo o senso de identidade e pertencimento dos indivíduos que a compõem<sup>485</sup>. É neste sentido que se defende a legitimidade da imposição estatal de respeito a certos valores sociais que não se refiram a indivíduos – como a proteção de obras de arte, do patrimônio arquitetônico, da natureza e de seres humanos futuros –, ainda que um indivíduo em específico possa sentir que sua liberdade seja violada por essa proteção<sup>486</sup>.

Nesta linha, pode-se identificar três concepções distintas da noção de identidade: a do sujeito do Iluminismo, a do sujeito sociológico e a do sujeito pós-moderno<sup>487</sup>. A dimensão sociológica, que interessa a esse estudo, consiste na descrição da formação do senso identitário dos indivíduos através do intercâmbio e diálogo contínuo entre o mundo pessoal e o mundo exterior<sup>488</sup>. Por outro lado, reconhece-se, também, que a relação de pertença a um grupo é um elemento crucial para a formação da identidade de uma pessoa<sup>489</sup>.

Partindo dessas premissas, pode-se concluir que a prática de certas condutas sociais é capaz de afetar individualmente os componentes da sociedade, pois influencia na imagem que os indivíduos fazem de si mesmo. Demonstra-se, assim, um certo interesse individual subjacente à proteção de determinados interesses coletivos, principalmente no que tange à proteção de valores profundos, como a dignidade humana.

---

<sup>483</sup> WRANGHAM, Richard. Killer Species. In: *Daedalus*, vol. 133, 2004, p. 30 e ss.

<sup>484</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>485</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Revista penal*, n. 11, 2003, p. 34 e ss.

<sup>486</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 208.

<sup>487</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 10 e ss.

<sup>488</sup> *Idem, ibidem*, p. 11.

<sup>489</sup> HELENO, José Manuel. *Identidade pessoal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 76 e ss.

Em suma, e levando às últimas consequências, os participantes de uma sociedade que se permita violar livremente a dignidade humana podem até mesmo vir a deixar de se enxergar a eles mesmos como seres humanos. Por este motivo que se entende que a preservação do pluralismo se limita à vedação da imposição de restrições da autonomia individual que impeçam o livre desenvolvimento da personalidade e da identidade a ponto de restringir a inserção cultural e social das minorias.

Afinal, se o fundamento para o argumento do pluralismo é a preservação da identidade individual contra imposições externas, faz sentido afirmar que, quando essa identidade individual não se encontra em risco, é legítimo estabelecer valores coletivos em nome da preservação indireta da identidade dos indivíduos que compõem a coletividade.

O trabalho do Direito, neste contexto, consiste justamente em reconhecer e solucionar os pontos de tensão entre o que se pode chamar de identidade individual em sentido estrito e a identidade individual em sentido amplo. Numa linguagem mais tradicional, trata-se do conflito entre o Estado de Direito e o princípio democrático a que Palma, por exemplo, se refere ao tratar da valoração constitucional das emoções<sup>490</sup>.

d) Neste contexto, a cláusula dos bons costumes se apresenta como um dos pontos em que esta tensão se evidencia. Contudo, para que se possa estabelecer uma perspectiva sentimentalista que busque solucionar o problema da referida cláusula, faz-se necessário, primeiramente, desenvolver ao menos um esboço de um método de aplicação da lógica emocional no Direito.

### **3.1.1. Elementos para uma metodologia do sentimentalismo jurídico**

a) Não se pretende, neste trabalho, delinear exaustivamente uma metodologia ampla do sentimentalismo jurídico, esforço que exige uma investigação complexa dedicada somente a ele. Todavia, é possível indicar os parâmetros necessários para se alcançar a solução do problema inicial que esta investigação pretende responder.

---

<sup>490</sup> Cf. PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 81 e ss.

Anteriormente, já se descreveu uma proposta de cartografia das relações entre o Direito e os sentimentos<sup>491</sup>. Tendo isto em mente, realizar-se-á, neste momento, apenas uma complementação e aprofundamento do que já foi explorado, abordando-se, sobretudo, contribuições para a análise das funções do estudo das emoções no Direito, de modo a evidenciar sua utilidade metodológica.

b) Em regra, o estudo das emoções tem sido visto somente como um exercício puramente teórico e intelectual, sendo usualmente ignorado o seu potencial pragmático, ou seja, a possibilidade de seu emprego como um instrumento metodológico voltado para a efetiva solução de problemas jurídicos<sup>492</sup>.

Neste contexto, convém destacar que mesmo aqueles que reconhecem a interferência de elementos extrarracionais no Direito acabam, por vezes, aceitando somente suas implicações descritivas, ignorando a possibilidade de se investigar e trabalhar o seu aspecto normativo<sup>493</sup>. Nestas situações, os elementos que destoam da razão – dentre eles, as emoções – são entendidos somente como falhas cognitivas e vieses a serem superados.

É o caso, por exemplo, de algumas pesquisas na área do direito comportamental e economia, como a tese do paternalismo libertário, que sustenta a possibilidade de o Estado orientar, através de meios não-coercitivos, as pessoas a evitar decisões não-rationais<sup>494</sup>.

c) A partir dessa constatação, é possível iniciar a construção de uma metodologia sentimentalista do Direito. Neste esforço, identifica-se três diferentes funções de utilidades que o estudo dos sentimentos pode ter no âmbito da pesquisa jurídica: a da iluminação, a da investigação e a da integração<sup>495</sup>. Cada uma delas opera como efetiva etapa metodológica do sentimentalismo jurídico.

A função da iluminação diz respeito à identificação das emoções subjacentes a uma determinada norma, decisão ou instituto jurídico<sup>496</sup>. Embora seja possível que o objeto jurídico

---

<sup>491</sup> Cf. itens “a”, “b”, “c” e “d” do tópico 2.3.

<sup>492</sup> ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who’s afraid of Law and the Emotions? In: *Minnesota. Law Review*, vol. 94, n. 6, 2010, p. 2013 e ss.

<sup>493</sup> *Idem, ibidem*, p. 2013 e ss.

<sup>494</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. Libertarian Paternalism. In: *American Economic Review*, vol. 93, n. 2, 2003, p. 176 e ss.

<sup>495</sup> ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. *Op. cit.*, p. 2033 e ss.

<sup>496</sup> *Idem, ibidem*, p. 2034.

em análise faça menção expressa a um ou mais sentimentos – algo mais fácil de se visualizar quando se trata de sentenças, por exemplo –, o mais comum é que as emoções não sejam observáveis superficialmente<sup>497</sup>.

Por sua vez, tem-se a etapa da investigação. Neste estágio, promove-se um aprofundamento no exame das emoções específicas, analisando sua natureza, características e peculiaridades<sup>498</sup>. Trata-se, portanto, do momento em que o sentimentalismo jurídico efetivamente se abre a outras disciplinas – como a neurobiologia, a psicologia, a filosofia, a antropologia e a literatura<sup>499</sup> –, ampliando, também, as possibilidades de pesquisas empíricas no Direito.

Deve-se ressaltar, todavia, que não há óbices à inversão da ordem do estágio da iluminação para o da investigação – diferentemente da etapa da integração, que deve necessariamente ser a última. Assim, a depender do foco do estudo em questão – se ele recai num instituto jurídico ou numa visão geral da aplicação de uma determinada emoção no Direito, por exemplo –, e principalmente quando não se tem um domínio básico a respeito das características dos sentimentos específicos, é cabível que se proceda ao estágio da investigação antes da fase da iluminação<sup>500</sup>.

Nesta senda, convém apontar que a divisão entre a função da investigação e da iluminação por vezes se mostra confusa. Tal fato pode ser confirmado ao se perceber que a atividade de identificação da emoção subjacente a um contexto legal parte de um conhecimento das emoções advindo de campos do saber exteriores ao mundo jurídico<sup>501</sup>.

Por este motivo, pode-se afirmar que há uma relação de complementaridade entre as dimensões da iluminação e da investigação<sup>502</sup>. Com efeito, constata-se que, em comum, ambas as etapas possuem o foco no objetivo de coletar dados e informações em geral que possam ser úteis numa fase posterior da análise jurídico-sentimentalista.

---

<sup>497</sup> ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who's afraid of Law and the Emotions? In: *Minnesota. Law Review*, vol. 94, n. 6, 2010, p. p. 2034.

<sup>498</sup> *Idem, ibidem*, p. 2040 e ss.

<sup>499</sup> *Idem, ibidem*, p. 2047.

<sup>500</sup> *Idem, ibidem*, p. 2039.

<sup>501</sup> *Idem, ibidem*, p. 2046.

<sup>502</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 93; igualmente, STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito & Emoções: uma proposta de cartografia*. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD e Editora PUC-Rio, 2014, p. 119.

Deste modo, é possível aprofundar a proposta de metodologia sentimentalista, mesclando as primeiras etapas num único estágio metodológico: a função investigativo-iluminadora, ou, de modo mais simples, a etapa descritiva.

Tal aprofundamento parece trazer efeitos positivos. Afinal, uma divisão estática entre a função iluminadora e a investigadora ignora a possibilidade de interseção e retroalimentação entre elas. A título ilustrativo, é possível que o estudo investigativo de uma emoção específica acabe por alterar uma hipótese iluminativa prévia, demonstrando que um determinado sentimento seja mais apropriado a uma norma do que outro.

Noutras palavras, a atividade iluminativa conduz à atividade investigativa, que, por sua vez, pode fornecer elementos para se modificar a conclusão da dimensão iluminadora inicial. Em seu turno, essa nova iluminação demandará uma segunda investigação, num intercâmbio de difícil e, mais importante, desnecessária dissociação. Em suma, a distinção teórica entre as referidas dimensões acabaria por, na prática, limitar, ou, ao menos, atrapalhar, a atividade descritiva – objetivo primordial de ambas.

Por fim, elenca-se a dimensão da integração. Trata-se da aplicação dos conhecimentos desenvolvidos na fase descritiva para solucionar problemas jurídicos particulares, ou seja, estabelecer propostas normativas a partir da compreensão das emoções que envolvem o problema em questão<sup>503</sup>. Na classificação trazida neste trabalho, a dimensão da integração consiste, portanto, na função prescritiva.

d) Contra o sentimentalismo jurídico, é possível levantar, todavia, o que se pode chamar de objeção da inacessibilidade ou da falha sociológica<sup>504</sup>. Segundo ela, não se pode estabelecer um meio para se acessar ao sentimento ético da coletividade<sup>505</sup>. Tal crítica é oponível sobretudo à dimensão iluminadora da atividade descritiva.

Para responder à objeção da inacessibilidade, pode-se recorrer à própria atividade descritiva, desta vez na dimensão da investigação. Entende-se, aqui, que o diálogo fundado nos conhecimentos interdisciplinares é capaz de identificar características típicas de emoções específicas – como, por exemplo, as situações em que elas normalmente são deflagradas, as

---

<sup>503</sup> ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who's afraid of Law and the Emotions? In: *Minnesota. Law Review*, vol. 94, n. 6, 2010, 2049.

<sup>504</sup> Cf. item “b” do tópico 1.

<sup>505</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 541.



reações que elas usualmente causam, as manifestações físicas usuais e os fatos aos quais elas comumente estão associadas –, de modo que se pode definir, com um grau de certeza que parece suficiente – visto que baseado em dados científicos de áreas diversas –, o sentimento social subjacente às normas, institutos jurídicos e reações a condutas sociais.

Aliás, cabe ressaltar que é justamente a possibilidade desse diálogo que dá origem à já mencionada retroalimentação entre a função iluminadora e a função investigadora. Dessa forma, através da abertura interdisciplinar do Direito e do intercâmbio entre as dimensões internas da função descritiva, entende-se que a objeção da inacessibilidade pode ser superada pelo sentimentalismo jurídico.

e) Feitas as devidas análises, percebe-se que é possível estabelecer um método sentimentalista através do qual se poderá desenvolver uma nova perspectiva sobre a cláusula dos bons costumes. Cabe, portanto, indicar o roteiro que será utilizado para se chegar a essa perspectiva.

Neste contexto, como já se identificou que a referida cláusula consiste num elemento de inserção da dignidade humana na questão do consentimento<sup>506</sup>, deve-se promover, inicialmente, uma descrição iluminativa da dignidade, buscando averiguar os sentimentos subjacentes em todas as suas dimensões.

Num segundo momento, deve-se realizar uma descrição investigativa das emoções iluminadas, observando suas características. Ou seja, deve-se proceder a uma “anatomia” – da forma mais diversificada e interdisciplinar possível – dos sentimentos envolvidos com a dignidade humana.

Por fim, após a análise das peculiaridades desses sentimentos, faz-se necessário analisar as suas implicações normativas, buscando estabelecer suas possibilidades de aplicação jurídico-normativa, bem como seus limites. Neste quesito, deve-se apontar que, por questões didáticas, essa etapa prescritiva será realizada ao fim da anatomia de cada uma das emoções, ao invés de realizá-la em conjunto.

---

<sup>506</sup> Cf. item “b” do tópico 3.1.

### 3.2. A CLÁUSULA DOS BONS COSTUMES

a) A tarefa de iluminação da dignidade da pessoa humana pode partir da concepção, já trabalhada na presente pesquisa, de dignidade como reconhecimento<sup>507</sup>. Ao se relembrar tal noção, percebe-se uma relação com a ideia de empatia, também já devidamente analisada<sup>508</sup>.

Ocorre que, como visto, a empatia não deve ser entendida como um sentimento em si, mas, antes, como uma habilidade emocional de compartilhamento de emoções, de modo que permanece em aberto a questão a respeito dos sentimentos que subjazem a dignidade humana<sup>509</sup>.

Neste contexto, parece sensato também descartar a simpatia, muito embora se reconheça que ela possa ter um elemento adicional de caráter efetivamente emocional, qual seja, o sentimento de fraternidade<sup>510</sup>. Afinal, em que pese o referido elemento adicional, parece que a simpatia se aproxima mais de uma habilidade emocional qualificada do que de um sentimento em si.

b) Todavia, numa revisão do humanismo reconhecedor, percebe-se nele uma apreensão em relação à coisificação ou objetivação extrema das pessoas<sup>511</sup>. A partir daí, pode-se levantar a hipótese sentimentalista de que a dignidade possui alguma relação com a ideia de sofrimento humano<sup>512</sup>.

Convém, portanto, examinar as emoções que usualmente são relacionadas ao sofrimento. Neste sentido, pode-se trazer os sentimentos de preocupação, pena, piedade e compaixão. Considerando, como já visto, que a pena e a piedade se caracterizam por uma relação de desigualdade entre o sujeito e o objeto<sup>513</sup>, é possível, também, afastar tais emoções, haja vista que a dignidade humana parece guardar uma íntima relação com a noção de igualdade<sup>514</sup>.

Resta, portanto, os sentimentos de preocupação e o da compaixão. De início, pode-se constatar que a discussão a respeito da primeira emoção carece de um maior aprofundamento

---

<sup>507</sup> Cf. item “a” do tópico 1.2.2.2.1.

<sup>508</sup> Cf. itens “b”, “c” e “d” do tópico 2.4.1.1.

<sup>509</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

<sup>510</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

<sup>511</sup> Cf. item “a” do tópico 1.2.2.2.1.

<sup>512</sup> PELÉ, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. In: *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n. 1, 2005, p. 12 e ss.

<sup>513</sup> RÍO VILLEGAS, Rafael del. Benevolencia y Compasión. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. XXV, 2014, p. 101.

<sup>514</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, sobretudo p. 37 e ss.

doutrinário, havendo poucos que se dedicam a estudá-la. Tal fato já pode ser considerado um indício em favor da negação da preocupação como sentimento subjacente à dignidade humana. Todavia, ele, em si, é insuficiente para definir a questão.

A preocupação pode ser definida como um sentimento negativo decorrente do reconhecimento do estado de necessidade – em sentido não técnico-jurídico – de alguém<sup>515</sup>. Neste sentido, parece sensato associar a preocupação à dignidade humana.

Ocorre que a preocupação possui um outro elemento: ela, diferentemente do que ocorre com a empatia, não promove um mimetismo emocional, permitindo, desta maneira, a atribuição de um comportamento ideal à pessoa objeto da preocupação<sup>516</sup>.

A título ilustrativo, enquanto a empatia possibilita ao espectador sentir as emoções de êxtase e alegria que um usuário de entorpecentes esteja vivenciando, a preocupação traz ao observador um sentimento negativo ante a probabilidade de o usuário estar causando mal a si mesmo<sup>517</sup>.

A partir desta constatação, é possível tecer uma crítica à preocupação: trata-se de um sentimento paternalista capaz de esconder desigualdades e estratificações<sup>518</sup>. Afinal, tal emoção dá margem para que se estabeleça políticas públicas que decidam pelo indivíduo o que é melhor para ele. Estar-se-ia, portanto, permitindo o esvaziamento da autonomia dos indivíduos – critério de validação VIII<sup>519</sup>.

Desta forma, se se considerar que a dignidade humana está fundada na preocupação, a perspectiva da cláusula dos bons costumes que dela derivaria não atenderia a todos os critérios de validação. A partir da exclusão da preocupação, sobra, portanto, o sentimento de compaixão, que será estudado de maneira mais aprofundada posteriormente.

Convém, todavia, apontar que a conclusão em favor da compaixão parece pertinente. Afinal, diversos estudos, quando abordam alguma conexão entre a dignidade humana e emoções, identificam uma associação entre ela e a compaixão<sup>520</sup>.

---

<sup>515</sup> PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 230.

<sup>516</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>517</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>518</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013, p. 146.

<sup>519</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>520</sup> Cf. PELSER, Adam C. Respect for Human Dignity as an Emotion and Virtue. In: *Res Philosophica*, vol. 92, n. 4, 2015, p. 757; similarmente, PULLMAN, Daryl. Human dignity and the ethics and aesthetics of pain and suffering. In: *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 23, n. 1, 2002, p. 85 e ss.

No mais, considerando o âmbito do estudo investigativo das emoções, tal conclusão parece ser corroborada. Neste contexto, a compaixão, diferentemente da preocupação, está tradicionalmente inserida na categoria das emoções morais, ou seja, aquelas que respondem ou motivam comportamentos morais<sup>521</sup>.

É certo que a inclusão somente da compaixão neste conjunto não significa, necessariamente, que a preocupação não consista num sentimento moral. Neste contexto, ao se observar o conceito de família emocional, pode-se levantar a hipótese de que a preocupação não figura nesse rol pelo fato de ela e a compaixão configurarem emoções muito próximas entre si.

De acordo com a literatura especializada, nenhuma emoção representa, em si, uma unidade perfeitamente limitada, mas, antes, um verdadeiro feixe de sentimentos singulares conectados entre si por meio de um substrato comum<sup>522</sup>. A esse feixe de emoções unidas pelo compartilhamento de um elemento temático dá-se o nome de família emocional.

Desta forma, é plausível entender que o motivo pelo qual há poucos estudos em relação à preocupação advém do fato de que esta emoção e a compaixão, embora configurem sentimentos distintos, tendem a ser consideradas como variações de uma mesma emoção<sup>523</sup>.

Partindo dessa consideração, perde um pouco do relevo a discussão entre a compaixão e preocupação, sendo suficiente afirmar que a dignidade humana é composta por um sentimento negativo deflagrado pela observação de situações de necessidade e pautado por uma consideração igualitária e não paternalista da pessoa objeto da emoção. A esse sentimento, chamar-se-á, neste trabalho, de compaixão.

c) No entanto, a compaixão parece se relacionar com a dignidade apenas no sentido de apontar a sua violação por terceiros. Em virtude do afastamento das emoções dotadas de caráter paternalista, a compaixão aparenta ser indiferente às violações da dignidade perpetradas pelo próprio indivíduo.

Tal fato poderia apontar para a conclusão de que a dignidade simplesmente só pode ser desrespeitada por terceiros, funcionando somente como um fundamento de direitos. Nota-se,

---

<sup>521</sup> HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 855 e ss.

<sup>522</sup> EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. In: *Cognition and Emotion*, vol. 6, n. 3-4, 1992, p. 172 e ss.

<sup>523</sup> Cf. GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 351 e ss.

todavia, uma tendência em diversos ordenamentos de se reconhecer a dignidade também como limitadora de direitos (*rights-constraining*)<sup>524</sup>.

Trata-se de uma linha de pensamento voltada para a ideia da dignidade enquanto um valor coletivo ou social, como se pode observar, a título meramente exemplificativo, na visão de Béatrice Maurer, que sustenta, com base num desenvolvimento da filosofia hegeliana, que, para se atingir uma desejada concepção ideal da “dignidade em si”, é necessária, antes, a superação do modelo da “dignidade para si” pelo da “dignidade para nós”<sup>525</sup>.

Tal linha de pensamento – que pode ser chamada de emprego da dignidade como heteronomia<sup>526</sup> – pode ser classificada como antiliberal, de modo a ser repudiada em virtude da possibilidade de ela abrir margem para a adoção desnecessária de posturas autoritárias e moralistas<sup>527</sup>.

Tal objeção, no entanto, não merece guarida, haja vista que ela aponta somente para um potencial risco advindo da função heterônoma da dignidade, e não para uma consequência necessária desta. Assim, a mera adjetivação dessa função como antiliberal e arriscada não é suficiente para se negar a proteção de um valor social fundamental, mesmo frente ao seu próprio titular direto.

Ademais, como já observado anteriormente<sup>528</sup>, a possibilidade de uma atuação limitadora por parte da dignidade se mostra compreendida pelo paradigma atual do Estado de Direito, haja vista que ao Estado cabe não somente respeitar a dignidade humana dos indivíduos, mas, igualmente, promovê-la e protegê-la<sup>529</sup>.

Para além dessa discussão, porém, parece claro que a compaixão não consiste no sentimento subjacente a essa função limitadora de direitos que a dignidade humana ostenta. Noutras palavras, a compaixão parece fundamentar bem a dignidade na sua dimensão subjetiva

---

<sup>524</sup> Cf. MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: *The European Journal of International Law*, vol. 19, n. 4, 2008, p. 704 e ss.; igualmente, MEILAENDER, Gilbert. Human Dignity: Exploring and Explicating the Council's Vision. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*. Washington, The President's Council on Bioethics, 2008, p. 273.

<sup>525</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 128 e ss.

<sup>526</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 183 e ss.

<sup>527</sup> *Idem, ibidem*, p. 183 e ss.

<sup>528</sup> Cf. item “e” do tópico 1.2.2.2.

<sup>529</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015, p. 102.

– ou seja, na preservação da autonomia do indivíduo frente à vontade de terceiros, sobretudo do Estado<sup>530</sup> –, porém, não parece estar presente na fundamentação da dimensão objetiva da dignidade – qual seja, a sua proteção como um valor social imposto de forma heterônoma a um indivíduo<sup>531</sup>.

Assim, considerando o contexto da cláusula dos bons costumes, que exerce uma função limitadora de direitos, faz-se necessário identificar qual emoção se encontra por trás da dimensão objetiva da dignidade humana.

d) Para tanto, é preciso recorrer ao estudo das chamadas emoções de condenação a terceiros. Afinal, a violação da dignidade em sua dimensão objetiva parece derivar de um sentimento de desaprovação deflagrado pela pessoa que pratica ou, no caso do consentimento, possui algum poder sobre a conduta.

Retomando-se o conceito de família emocional, é possível expandi-lo, de modo a se criar agrupamentos de famílias que possuem características e funções similares<sup>532</sup>. Numa analogia, seria como comparar uma família nuclear e uma família num sentido mais amplo, que engloba tios, primos e outros parentes<sup>533</sup>.

Neste conceito expandido, desponta a grande família dos sentimentos de condenação a terceiros – ou, noutra nomenclatura, emoções reativas de condenação<sup>534</sup> –, que se caracterizaria por ser respostas negativas decorrentes do caráter ou de comportamentos alheios<sup>535</sup>.

Esta família expandida é composta por três emoções específicas: a raiva, o desprezo e o nojo<sup>536</sup>. Essas três emoções, por sua vez, guardam uma relação com três sistemas morais específicos: a ética da autonomia, relacionada à ideia de dano; a ética da comunidade, vinculada a relações pessoais; e a ética da divindade, conectada à noção de pureza<sup>537</sup>.

---

<sup>530</sup> Cf. CHUECA, Ricardo. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 44.

<sup>531</sup> Cf. CHUECA, Ricardo. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>532</sup> HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 855.

<sup>533</sup> *Idem, ibidem*, p. 855.

<sup>534</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 69 e ss.

<sup>535</sup> HAIDT, Jonathan. *Op. cit.*, p. 855.

<sup>536</sup> *Idem, ibidem*, p. 856 e ss.; igualmente, PRINZ, Jesse J. *Op. cit.*, p. 69 e ss.

<sup>537</sup> SHWEDER, Richard A. *et al.* The “Big Three” of Morality (Autonomy, Community, Divinity) and the “Big Three” Explanations of Suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). *Morality and Health*. Nova York: Routledge, 1997, p. 130 e ss.

A partir dessa relação, é possível estabelecer um modelo descritivo da interação entre esses sistemas e os sentimentos reativos de condenação, denominado de modelo da tríade CAD – nomenclatura derivada da coincidência entre o nome, em inglês, dos sistemas (*community*, *autonomy* e *divinity*) e o nome, também em língua inglesa, das emoções a eles relacionadas (*contempt*, *anger* e *disgust*)<sup>538</sup>.

As expressões “divindade” e “pureza”, contudo, podem transmitir uma ideia equivocada a respeito do sistema moral relacionado ao nojo. Neste sentido, é possível perceber que mesmo pessoas tendentes a posicionamentos seculares estão suscetíveis ao sentimento de repugnância moral em casos como violações sexuais, genocídios e mutilações<sup>539</sup>. Deste modo, entende-se que associar esse sistema moral exclusivamente à ideia de divindade parece configurar uma restrição excessiva.

Por esse motivo, entende-se mais adequado compreender o sistema moral da divindade não como um sistema essencialmente vinculado a convicções religiosas, mas como um modelo associado a um domínio mais amplo: a ordem natural<sup>540</sup>.

e) O modelo da tríade CAD tem a vantagem de permitir uma leitura classificatória das sociedades. Assim, as sociedades mais liberais estarão mais baseadas numa ética da autonomia e pautadas, em geral, pelo sentimento da raiva moral. Por outro lado, as mais coletivistas fundam-se prioritariamente numa ética da comunidade e seu respectivo sentimento do desprezo moral. E, por fim, as sociedades mais “místicas” estão mais alicerçadas no sentimento do nojo moral e na ética da divindade.

Isto não significa, todavia, que uma sociedade liberal e secular não contenha resquícios de elementos da ética da comunidade e da divindade<sup>541</sup>, mas somente que há uma prevalência da ética da autonomia. A mesma lógica vale para sociedades coletivistas e, também, para sociedades “místicas”.

---

<sup>538</sup> ROZIN, Paul *et al.* The CAD Triad Hypothesis: A Mapping Between Three Moral Emotions (Contempt, Anger, Disgust) and Three Moral Codes (Community, Autonomy, Divinity). In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 76, n. 4, 1999, p. 574 e ss.

<sup>539</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 73.

<sup>540</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 73.

<sup>541</sup> SHWEDER, Richard A. *et al.* The “Big Three” of Morality (Autonomy, Community, Divinity) and the “Big Three” Explanations of Suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). *Morality and Health*. Nova York: Routledge, 1997, p. 140 e ss.

Talvez seja por esse motivo que se pode perceber, nos sistemas penais ocidentais, de cariz liberal e secular, uma maior quantidade de crimes contra a pessoa, embora ainda subsistam crimes contra coletividades e mesmo crimes de difícil explicação sob o ponto de vista da ética da autonomia e da coletividade, como alguns delitos de comportamento<sup>542</sup>, nomeadamente os maus tratos a animais, alguns crimes relacionados à manipulação genética e a tutela penal de gerações futuras<sup>543</sup>.

f) Retornando à vinculação do sistema da divindade com a ordem natural, é possível, então, começar a elucidar qual o sentimento subjacente à dignidade em sua dimensão objetiva. Afinal, é comum, ao se abordar tal conceito, estabelecer alguma associação entre ele e a ideia de natureza humana<sup>544</sup>. Dessa forma, parece sensato entender que a referida dimensão da dignidade é composta pelo sentimento de nojo.

---

<sup>542</sup> Nomenclatura utilizada por Roland Hefendehl para descrever os delitos que não fazem referência a bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, mas, antes, a convicções culturais homogêneas e profundamente enraizadas. Cf. BRANDT, Karsten *et al.* Tercera Sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 429; GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 35; e STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 360.

<sup>543</sup> Cf. GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89 e ss.; de forma similar, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General* – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 58 e ss.

<sup>544</sup> Cf. CHUECA, Ricardo. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 47; COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. In: *Revista da ESMEC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 109 e ss.; MORA, José Enrique. La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. 11, n. 42, 2000, p. 271; PELÈ, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. In: *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n. 1, 2005, p. 11; ROLSTON III, Holmes. Human Uniqueness and Human Dignity: Persons in Nature and the Nature of Persons. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President’s Council on Bioethics*. Washington, The President’s Council on Bioethics, 2008, p. 130 e ss.; SCHULMAN, Adam. Bioethics and the Question of Human Dignity. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President’s Council on Bioethics*. Washington, The President’s Council on Bioethics, 2008, p. 14 e ss.; em linha próxima, sobre a noção similar da dimensão objetiva da dignidade como “dignidade da espécie humana”, cf. HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. In: *Criminal Law and Philosophy*, vol. 6, 2012, p. 309; e SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27 e ss.



Observa-se, no entanto, uma arriscada convergência com as já rechaçadas posições puramente sociomoralistas<sup>545</sup>, caracterizadas pela referência a atos contrários à natureza como violadores da cláusula dos bons costumes<sup>546</sup>.

A princípio, essa aproximação parece apontar para uma incompatibilidade entre a dimensão objetiva da dignidade humana e a proteção da pluralidade da sociedade – critério de validação I<sup>547</sup>. Todavia, entende-se, aqui, que este não é o caso. Afinal, embora a aplicação pura e simples da dimensão objetiva da dignidade humana efetivamente viole o critério da pluralidade, é possível desenvolver uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes a partir da interação das duas dimensões da dignidade.

Neste sentido, a dimensão subjetiva pode operar como cláusula garantidora do pluralismo social, limitando, quando necessário, a atuação da dimensão objetiva. Partindo dessa premissa, é preciso, então, promover uma exploração investigativa dos sentimentos de nojo e de compaixão. Dessa forma, parece-se encontrar um caminho promissor no sentido de conciliar os anseios libertários e identitários presentes na ideia de dignidade, ao mesmo tempo em que se preenche um certo vazio emocional observado na conceituação moderna da dignidade<sup>548</sup>.

### 3.2.1. O nojo

a) No âmbito do estudo das emoções, o nojo usualmente é classificado como uma das chamadas emoções básicas<sup>549</sup>. Neste sentido, é possível verificar que alguns sinais distintivos deste sentimento são observados universalmente, permanecendo relativamente constantes no espaço e no tempo<sup>550</sup>.

De modo similar, observa-se, também, um certo padrão intercultural no que diz respeito a categorias gerais que deflagram o asco<sup>551</sup>. Todavia, percebe-se, por outro lado, certas

---

<sup>545</sup> Cf. item “b” do tópico 1.1.1.1.

<sup>546</sup> CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*: II. Reimp. Coimbra: Almedina, 1993, p. 27.

<sup>547</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>548</sup> Sobre os anseios de liberdade e identidade, bem como o vazio emocional da dignidade humana, cf. PELÈ, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. In: *Universitas*: Revista de filosofía, derecho y política, n. 1, 2005, p. 9 e ss.

<sup>549</sup> BELZUNG, Catherine. *Biologia das emoções*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010, p. 439; no mesmo sentido, EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. In: *Cognition and Emotion*, vol. 6, n. 3-4, 1992, p. 170 e ss.

<sup>550</sup> EKMAN, Paul. *Op. cit.*, p. 175 e ss.

<sup>551</sup> Cf. CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, Disgust, and Disease. In: *Perspectives in biology and medicine*, vol. 44, n. 1, 2001, p. 18 e ss.

variações culturais sobre quais objetos se inserem nessas categorias, sobretudo no âmbito dos alimentos, mas também em relação a certas normas morais<sup>552</sup>.

Em que pese tal fato, é possível reconhecer algumas características básicas e universais da repugnância, de modo a permitir a inferência de que a investigação sobre suas principais peculiaridades transcende, em regra, as variações culturais.

Desta forma, possibilita-se, sem muito transtorno, a consideração e aplicação desses conhecimentos em diferentes ordenamentos jurídicos, sobretudo os ocidentais. Mostra-se cabível, portanto, o estudo descritivo de sua anatomia<sup>553</sup>, bem como a identificação e debate sobre seu caráter prescritivo, sobretudo a sua associação com a dignidade da pessoa humana.

#### 3.2.1.1. Anatomia do nojo

a) As manifestações típicas do sentimento de nojo consistem na tentativa de distanciamento do objeto, evento ou situação que o deflagrou, de modo que ele pode ser classificado como uma emoção de rejeição<sup>554</sup>.

Facialmente, sua expressão ocorre predominantemente na região bucal – onde se percebe uma abertura da boca e uma retração do lábio superior<sup>555</sup> –, embora se possa observar reflexos em outras partes do rosto, sobretudo as sobrancelhas – que costuma se franzir – e o nariz – que tende a manifestar um enrugamento<sup>556</sup>.

Outras características físicas envolvem o aparecimento de algumas respostas autonômicas parassimpáticas, com especial relevo para a redução da frequência de batimentos

---

<sup>552</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 766.

<sup>553</sup> Ressalve-se que a anatomia a ser exposta se trata de uma adaptação, com a inclusão de alguns aprofundamentos e a retirada de certos elementos, de uma descrição já desenvolvida anteriormente. Cf. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 12 e ss.

<sup>554</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. *Op. cit.*, p. 758.

<sup>555</sup> *Idem, ibidem*, p. 759

<sup>556</sup> DARWIN, Charles. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872, p. 258.

cardíacos<sup>557</sup>, além da diminuição do nível de resposta galvânica da pele<sup>558</sup>. Registra-se, também, a ocorrência de náuseas e salivação<sup>559</sup>.

b) Via de regra, os objetos materiais que tipicamente deflagram o asco possuem uma natureza orgânica<sup>560</sup>, o que aponta para uma certa relação deste sentimento com a noção de vida.

Neste sentido, até mesmo o lixo, que às vezes é considerado como a exceção inorgânica dentre os gatilhos do nojo<sup>561</sup>, pode ser incluído nesse conjunto. Afinal, não parece haver a mesma reação emocional quando se trata de materiais inorgânicos descartados, como objetos de papel, metal, entre outros.

Há, por outro lado, certos elementos que não possuem materialidade e, ainda assim, parecem deflagrar o nojo. Nesta linha, encontra-se, na literatura especializada, menções ao incesto, ao racismo, à hipocrisia, à traição, a atos de crueldade, entre outros, como elementos capazes de estimular o surgimento de tal emoção<sup>562</sup>.

Ocorre que, da forma como foi percebido nas primeiras abordagens científicas a seu respeito, o asco possuía uma dimensão essencialmente física. Com efeito, originalmente, a descrição científica do nojo mostrava-se limitada ao paladar, admitindo-se a participação de outros sentidos somente na medida em que estes promoviam, de algum modo, a remição à possibilidade de ingestão do objeto considerando repugnante<sup>563</sup>.

---

<sup>557</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 758.

<sup>558</sup> CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, Disgust, and Disease. In: *Perspectives in biology and medicine*, vol. 44, n. 1, 2001, p. 18.

<sup>559</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. *Op. cit.*, p. 758.

<sup>560</sup> KOLNAI, Aurel. *Asco, soberba, odio*: Fenomenologia de los sentimientos hostiles. Madri: Encuentro, 2013, p. 63 e ss.

<sup>561</sup> *Idem, ibidem*, p. 63.

<sup>562</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. *Op. cit.*, p. 766; similarmente, HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 857.

<sup>563</sup> Cf. DARWIN, Charles. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872, p. 257 e ss. Ressalve-se que tal tendência ainda é relativamente forte, mantendo-se presente mesmo estudos recentes, cf. BELZUNG, Catherine. *Biologia das emoções*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010, p. 439 e ss.

Todavia, mesmo as mais avançadas dentre essas concepções iniciais – que ampliavam a vinculação do nojo com a boca e o paladar para uma conexão com o corpo como todo<sup>564</sup> – não se mostraram capaz de explicar a relação do nojo a certos atos, como o racismo<sup>565</sup>.

Para tanto, certas hipóteses são levantadas. Pode-se, por um lado, entender que as pessoas, ao afirmarem sentir nojo de determinadas condutas morais, apenas o fazem de maneira leiga, querendo, na realidade, expressar o sentimento de raiva por meio de confusões conceituais<sup>566</sup>. De modo similar, essa associação pode ser explicada como um uso metafórico para enfatizar a aversão ao ato<sup>567</sup>.

Contra essas hipóteses, pode-se levantar dois argumentos. O primeiro, está baseado na disseminação da associação do nojo a violações morais em diversas culturas e idiomas, como o alemão, o bengali, o espanhol, o francês, o hebreu, o japonês, o mandarim e o russo<sup>568</sup>.

Todavia, o argumento da disseminação pode ser contra-atacado através do reconhecimento da possibilidade de intercâmbio linguístico ou desenvolvimento paralelo de metáforas similares<sup>569</sup>.

A segunda objeção, porém, se mostra mais contundente. Estudos tem demonstrado empiricamente que certas violações morais extremas, como o nazismo, eliciam emoções de repugnância e não de raiva<sup>570</sup>. Assim, embora não se exclua a possibilidade de ocorrência de confusões conceituais ou metáforas – o que parece ocorrer, por exemplo, no que diz respeito à hipocrisia e traições – demonstra-se que tais modelos explicativos não são suficientes para explicar a realidade.

Uma terceira tentativa consiste na admissão de uma dimensão moral do nojo que esteja diretamente conectada com a sua dimensão física, de modo que somente as violações morais

---

<sup>564</sup> Cf. HAIDT, Jonathan *et al.* Body, psyche, and culture: The relationship between disgust and morality. In: *Psychology and Developing Societies*, vol. 9, n. 1, 1997, p. 114.

<sup>565</sup> *Idem, ibidem*, p. 116; HAIDT, Jonathan. *Op. cit.*, p. 857; e ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 762.

<sup>566</sup> NABI, Robin L. The theoretical versus the lay meaning of disgust: Implications for emotion research. In: *Cognition and Emotion*, vol. 16, n. 5, 2002, p. 700 e ss.

<sup>567</sup> ROYZMAN, Edward B.; SABINI, John. Something it takes to be an emotion: The interest case of disgust. In: *Journal for the Theory of Social Behaviour*, vol. 31, n. 1, 2001, p. 52 e ss.

<sup>568</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. *Op. cit.*, p. 762 e ss.

<sup>569</sup> ROYZMAN, Edward B.; SABINI, John. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>570</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. *Op. cit.*, p. 763; e HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 857.

relacionadas ao corpo evocariam tal emoção<sup>571</sup>. No entanto, ela também não consegue explicar a relação do nojo com genocídios, de modo a também não superar o argumento empírico.

Diante dessas evidências, faz-se necessário reconhecer que o asco, para além de sua dimensão física identificada logo nos primeiros estudos sobre ele, possui uma segunda dimensão igualmente relevante: a dimensão sociomoral.

Neste contexto, é possível identificar, em geral, cinco categorias de fatores capazes de provocar – ou eliciar – o sentimento de repugnância: i) partes e excreções corporais; ii) deterioração e apodrecimento de alimentos; iii) certas criaturas, como cobras e insetos; iv) algumas categorias sociais, vistas como “outros”; e v) certas violações de normas morais ou sociais<sup>572</sup>.

Considerando esta classificação, pode-se, desde logo, observar potenciais riscos para o emprego normativo do asco, haja vista a possibilidade de rejeição de certas categorias demográficas. Por outro lado, demonstra-se, também, algumas vantagens, como a possibilidade de seu emprego como parâmetro para a identificação da violação de certas normas.

c) A partir da identificação dos fatores deflagradores do asco, é possível afirmar que este se desenvolveu evolutivamente no sentido de prevenir o contato com agentes potencialmente infecciosos<sup>573</sup>. Neste contexto, o nojo exerceria um papel fundamental na função de seleção de alimentos saudáveis, bem como na de redução do risco de doenças<sup>574</sup>.

Por outro lado, certas correntes também atribuem ao nojo uma função simbólica, associando-o à rejeição à morte e à animalidade do ser humano<sup>575</sup>. Neste sentido, a repugnância configuraria um mecanismo voltado para o reconhecimento de situações que se relacionam com relações indivíduo-ambiente associadas, de alguma forma, com a condição animal humana e

---

<sup>571</sup> BLOOM, Paul *apud* OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. On the relationships between disgust and morality: A critical review. In: *Psicothema*, vol. 25, n. 2, 2003, p. 224.

<sup>572</sup> CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, Disgust, and Disease. In: *Perspectives in biology and medicine*, vol. 44, n. 1, 2001, p. 21.

<sup>573</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 18 e ss.

<sup>574</sup> OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>575</sup> BECKER, Ernest *apud* OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. *Op. cit.*, p. 223; similarmente, ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 761 e ss.

com sua decadência, sobretudo a corporal<sup>576</sup>. O nojo poderia ser visto, então como o sentimento voltado para a proteção – real e simbólica – do corpo<sup>577</sup>.

Todavia, a partir do reconhecimento da dimensão sociomoral do nojo, pode-se ampliar, ao menos no que tange ao Ocidente, o âmbito de incidência dessa função protetora, saindo da tutela do corpo para a garantia da dignidade da humanidade, no sentido de patamar mínimo da condição humana<sup>578</sup>.

Deste modo, os atos que, de alguma forma, parecem degradar alguém moral ou fisicamente a ponto de ultrapassar a fronteira da natureza humana eliciam esse sentimento social. Não por acaso, já se afirmou que a humanidade é o fundamento desta emoção<sup>579</sup>.

d) Uma das características mais mencionadas do nojo é a sua relação com o fenômeno de contaminação, no qual o caráter repugnante de um objeto seria transmitido para os demais objetos com os quais ele teve contato<sup>580</sup>. Tal associação, inclusive, não dependeria da existência de um efetivo contato físico, sendo suficiente a imaginação de alguma forma de conexão entre os objetos<sup>581</sup>.

Como ilustração dessa relação entre o asco e a contaminação, pode-se recorrer ao relato de Charles Darwin a respeito do sentimento de repugnância que ele sentiu ao ter seu alimento tocado por um nativo da Patagônia, independentemente do fato de que não haver qualquer indício no sentido de que suas mãos estivessem, de algum modo, sujas<sup>582</sup>.

A existência dessa associação tem o condão de lançar dúvidas sobre o modelo não-cognitivista das emoções<sup>583</sup>, o que traria, inclusive, repercussões práticas na fase do estudo das possibilidades prescritiva do nojo.

---

<sup>576</sup> ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 761 e ss.

<sup>577</sup> HAIDT, Jonathan *et al.* Body, psyche, and culture: The relationship between disgust and morality. In: *Psychology and Developing Societies*, vol. 9, n. 1, 1997, p. 114.

<sup>578</sup> HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 857.

<sup>579</sup> Cf. MILLER, William Ian. *The anatomy of disgust*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. xiv.

<sup>580</sup> Cf. MILLER, William Ian. *Op. cit.*, p. 17 e ss.; igualmente, OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. On the relationships between disgust and morality: A critical review. In: *Psicothema*, vol. 25, n. 2, 2003, p. 223.

<sup>581</sup> OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. *Op. cit.*, p. 223

<sup>582</sup> DARWIN, Charles. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872, p. 257.

<sup>583</sup> Cf. itens “a”, “b” e “e” do tópico 2.4.1.2.

Afinal, se o nojo, que é um sentimento, possuir uma relação íntima com uma crença de contaminação, trata-se de uma evidência em favor do cognitivismo. Não por acaso, essa relação é sustentada por defensores desse modelo<sup>584</sup>.

No entanto, essa argumentação não merece prosperar por três motivos. O primeiro, e mais simples, é que o modelo não-cognitivista de avaliações corporificadas<sup>585-586</sup> parece ser capaz de explicar essa relação: o nojo, nesse modelo, apenas apontaria – tal qual um alarme de incêndio – sinais de que há uma contaminação, independentemente de ela efetivamente existir ou não.

Em segundo lugar, a ideia de contaminação não parece sequer ser necessária, para a configuração do sentimento de nojo. Pode-se demonstrar a primeira afirmação ao se remeter a um exemplo comum do cotidiano: é possível imaginar a utilização de um garfo para afastar alimentos considerados repugnantes – alguma iguaria exótica, por exemplo – e, logo em seguida, a continuação de seu uso no curso da mesma refeição<sup>587</sup>. Caso a contaminação fosse essencial ao asco, tal situação seria impossível.

Ademais, a contaminação nem mesmo parece ser um fenômeno exclusivamente vinculado à repugnância. Da literatura universal, por exemplo, é possível extrair uma ilustração de uma situação em que a contaminação está relacionada com a raiva: no clássico “*Romeu e Julieta*”, de Shakespeare, a raiva entre as famílias Capuleto e Montecchio é transmitida de forma geracional, sendo suficiente que uma pessoa nasça em um desses clãs para ser contaminada e se tornar objeto da raiva dos membros da outra casa<sup>588</sup>.

A partir de tais considerações, outra conclusão não parece haver, senão a de que há apenas uma mera correlação entre a contaminação e o sentimento de nojo. Não se pode afirmar, portanto, que a primeira é inerente ao segundo.

---

<sup>584</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 87 e ss.

<sup>585</sup> PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 60 e ss.

<sup>586</sup> Cf. item “e” do tópico 2.4.1.2.

<sup>587</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 13.

<sup>588</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

### 3.2.1.2. A normatividade jurídica do nojo

a) Finda a investigação a respeito das características do sentimento de nojo, cumpre integrá-la ao conhecimento jurídico, extraindo suas possíveis implicações normativas e avaliando a sua adequação. Trata-se da fase prescritiva do sentimentalismo jurídico, ou seja, da etapa da integração.

Por se tratar da análise da cláusula dos bons costumes, instrumento jurídico de criminalização indireta, o foco da análise normativa residirá somente no exame do nojo como critério de criminalização, não se preocupando, ao menos diretamente, com o emprego da repugnância como dano em si ou seu uso como parâmetro de medição da gravidade de condutas<sup>589</sup>.

b) É possível identificar três correntes que se caracterizam pela defesa do emprego normativo do nojo no Direito Penal. A primeira, de natureza sociomoralista instrumental, é a tese do direito à autopreservação das sociedades, analisada anteriormente sob uma ótica exclusivamente jurídica<sup>590</sup>. Por sua vez, a segunda, cuja natureza pode ser classificada como protossentimentalista, consiste na tese da sabedoria da repugnância.

Em comum, as duas primeiras teses compartilham um cariz antiliberal. Não significa, todavia, que o asco seja um sentimento incompatível com uma visão liberal<sup>591</sup>. Neste sentido, traz-se a terceira corrente: a tese da hierarquização benéfica.

Tal tese possui três fundamentos. O primeiro se trata da noção da indispensabilidade do nojo, segundo a qual este sentimento possui um papel essencial nos regimes morais, ante ao fato de que a raiva – um sentimento mais aceito entre os sentimentalistas liberais<sup>592</sup> – não é capaz de, por si só, explicar a forte aversão social à crueldade<sup>593</sup>. Em segundo lugar, tem-se a noção da conservação, de acordo com a qual todas as sociedades, liberais ou conversadoras, buscam manter ou estabelecer, através do sentimento de repugnância, hierarquias<sup>594</sup>. Por fim, a

---

<sup>589</sup> Cf. item “e” do tópico 2.3.

<sup>590</sup> Cf. item “b” do tópico 1.1.1.2.

<sup>591</sup> KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 63 e ss.

<sup>592</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99 e ss.

<sup>593</sup> MILLER, William Ian. *The anatomy of disgust*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 202 e ss.

<sup>594</sup> *Idem, ibidem*, p. 235 e ss.



tese da hierarquização benéfica se baseia no argumento da autoilusão, já tratado anteriormente, para justificar o reconhecimento da influência das emoções no Direito<sup>595-596</sup>.

A partir dessas três noções, a tese da hierarquização benéfica defende a canalização do sentimento de nojo no sentido da promoção de hierarquias sociais pautadas pelo repúdio à crueldade, trazendo tal emoção para o domínio liberal<sup>597</sup>.

Tal tese, todavia, mostra-se desnecessária no âmbito da criminalização de condutas. Afinal, não se pode encontrar exemplos de situações em que ela pode ser aplicada sem a aplicação simultânea da raiva<sup>598</sup>.

Deste modo, a hierarquização benéfica configura, no máximo, um critério de análise da gravidade das condutas, mas não um parâmetro de identificação de comportamentos criminalizáveis<sup>599</sup>.

Por este motivo, pode-se dizer que, no campo dos critérios de criminalização de condutas, destacam-se somente as duas primeiras teses citadas: a do direito à autopreservação das sociedades e a da sabedoria da repugnância.

c) A tese do direito à autopreservação das sociedades parte, como visto, de uma concepção instrumentalista, segundo a qual seria juridicamente legítimo que uma sociedade promovesse a incriminação de imoralidades, ante o risco de estas causarem a desintegração do tecido social<sup>600-601</sup>.

Todavia, seria preciso encontrar algum critério capaz de indicar quais condutas deteriam a capacidade de destruir a sociedade. Para tanto, a tese do direito à autopreservação social recorre ao sentimento de nojo<sup>602</sup>.

Entretanto, não bastaria a verificação do mero asco para justificar uma criminalização, sendo necessária a presença de uma versão profunda e genuína dessa emoção<sup>603</sup>. Dessa forma,

---

<sup>595</sup> Cf. item “b” do tópico 2.1.1.

<sup>596</sup> KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 73.

<sup>597</sup> *Idem, ibidem*, p. 72 e ss.

<sup>598</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 84 e ss.

<sup>599</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 18.

<sup>600</sup> Cf. item “b” do tópico 1.1.1.2.

<sup>601</sup> DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965, p. 13 e ss.

<sup>602</sup> *Idem, ibidem*, p. 17 e ss.

<sup>603</sup> *Idem, ibidem*, p. 17 e ss.

poder-se-ia evitar a prática de condutas autodegradantes capazes de enfraquecer o indivíduo a ponto deste não mais ostentar uma utilidade enquanto instrumento de manutenção social, o que representaria um dano tangível à sociedade, caso essa perda de utilidade se generalizasse<sup>604</sup>.

d) Para além da crítica ao instrumentalismo no que tange ao papel do Estado na sua relação com os cidadãos<sup>605</sup>, a tese da autopreservação da sociedade mostra-se suscetível a outras objeções.

Embora ela procure superar a crítica da arbitrariedade – critério de validação II<sup>606</sup> – por meio da utilização do sentimento social de um nojo profundo como parâmetro para a identificação de condutas danosas, tal esforço se mostra insuficiente.

Afinal, não é demonstrado os motivos pelos quais o emprego do asco deve ser considerado um critério confiável de seleção de condutas criminalizáveis, haja vista que certos comportamentos cuja nocividade social é evidente – como o racismo e o sexismo – parecem elicitar o nojo com uma intensidade menor do que a historicamente demonstrada em relação a condutas inofensivas, como o casamento interracial<sup>607</sup>.

Ademais, a argumentação da danosidade social trazida na tese do direito à autopreservação encontra algumas críticas no que tange à doutrina penal tradicional. Neste sentido, considerando que a sociedade só estaria efetivamente afetada nos casos de ampla disseminação das práticas autodegradantes, pode-se afirmar que a incriminação destas se aproximaria da categoria dos chamados delitos cumulativos.

Assim sendo, passaria a ter de enfrentar, por conseguinte, todas as problemáticas advindas dessa figura dogmática – qual sejam, a ausência de prejuízo social da conduta individualmente considerada; a fundamentação de uma pena promovida exclusivamente sob uma lógica da eficácia, e não sob uma lógica axiológica; a violação do princípio da culpabilidade, ao atribuir a um agente a responsabilidade por fatores acidentais imprevisíveis, entre outras<sup>608</sup> –, o que não é feito.

---

<sup>604</sup> DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965, p. 111.

<sup>605</sup> Cf. item “d” do tópico 1.1.1.2.

<sup>606</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>607</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 78 e ss.

<sup>608</sup> Para uma crítica mais detida e aprofundada à figura dos delitos cumulativos, cf. DIAS, Augusto Silva. « What if everybody did it? »: Sobre a « (in)capacidade de ressonância » do Direito Penal à figura da acumulação. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, 2003, sobretudo p. 335 e ss.

e) A tese da sabedoria da repugnância, contudo, parece oferecer caminhos para superar as objeções expostas acima. Ela se desenvolve num contexto de crítica à clonagem humana, e parte de uma associação entre adjetivos usualmente atribuídos a esse tipo de experiência – como “grotesco”, “repulsivo” e “repugnante” – e uma noção de desrespeito à vida e dignidade humana<sup>609</sup>.

Considerando essa associação, a tese da sabedoria da repugnância levanta a hipótese de que, embora o nojo nem sempre funcione como critério de seleção de condutas criminalizáveis, há certos casos cruciais em que ele se transforma na expressão emocional de uma sabedoria profunda, incapaz de ser plenamente articulada pela razão<sup>610</sup>. Assim, o asco poderia ser utilizado independentemente de sua fundamentação racional<sup>611</sup>.

Através desta constatação, pode-se entender que a aversão social a esses comportamentos específicos não advém da mera estranheza e nem do risco de inutilização de recursos humanos das sociedades, mas, sim, do sentimento social de difícil tradução racional no sentido da violação de valores profundos e essenciais<sup>612</sup>. O nojo poderia atuar, assim, como indicador da transgressão do núcleo da noção social de humanidade<sup>613</sup>, em consonância com as já descritas características dessa emoção<sup>614</sup>.

Permite-se, desta forma, suprir certas insuficiências da tese da autopreservação da sociedade. Primeiramente, o argumento da arbitrariedade acaba sendo enfraquecido, haja vista que o recurso à ideia de “casos cruciais” pode responder à questão a respeito do motivo pelos quais não é legítima a criminalização, por exemplo, de relações interracialis, ao passo que se possibilita a legitimação simultânea da incriminação de condutas como a zoofilia, a mutilação corporal e o canibalismo, além da já mencionada clonagem humana<sup>615</sup>.

Por outro lado, eliminar-se-ia a aproximação com a categoria dos delitos cumulativos. Afinal, o fundamento da incriminação não mais seria a possível desintegração social decorrente da prática disseminada de condutas autodegradantes, mas, sim, a preservação do sentimento de

---

<sup>609</sup> KASS, Leon. The wisdom of repugnance. In: *New Republic*, vol. 216, n. 22, 1997, p. 19 e ss.

<sup>610</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>611</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>612</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>613</sup> *Idem, ibidem*, p. 20.

<sup>614</sup> Cf. item “c” do tópico 3.2.1.1.

<sup>615</sup> KASS, Leon. *Op. cit.*, p. 20.

identidade social, considerando que uma sociedade que passasse a tolerar esses casos cruciais passaria a não mais ser a mesma sociedade<sup>616</sup>.

f) Identifica-se, no entanto, duas críticas à tese da sabedoria da repugnância. A primeira objeção aponta para um suposto fundamento teológico da referida tese que impediria a sua aplicação àqueles que não compartilham da mesma visão religiosa<sup>617</sup>.

Afinal, na sua proposição original, a tese da sabedoria da repugnância parece configurar uma crítica a uma pretensa corrupção cultural, utilizando o nojo como o único recurso confiável no combate a essa forma de degradação<sup>618</sup>. Desta maneira, o asco, para que tenha credibilidade, teria que ser um elemento externo à cultura, o que apontaria para uma origem “divina” desta emoção<sup>619</sup>.

Entretanto, essa crítica não merece prosperar. À luz do sentimentalismo, pode-se entender a tese da sabedoria da repugnância como um repúdio a um racionalismo totalitário, de modo que a aceitação das práticas degradantes adviria não da cultura em si, mas, sim, do acolhimento de um modelo racionalista que ignorasse a existência de tabus fundados em valores extrarracionais inescapáveis<sup>620</sup>.

Noutras palavras, o argumento da natureza teológica do nojo não se sustenta ante uma compreensão deste sentimento como um traço cultural que vem sendo indevidamente ignorado em nome de um racionalismo exacerbado e incapaz de admitir a existência de valores socioculturais inexplicáveis pela razão<sup>621</sup>.

Todavia, o segundo questionamento à tese da sabedoria da repugnância mostra-se mais contundente. Ao fazer uso da noção de “casos cruciais”, a tese em comento consegue ser bem-sucedida em justificar a existência de situações em que o emprego do nojo seria legítimo para a incriminação de condutas e situações em que não o seria.

---

<sup>616</sup> KASS, Leon. Preventing a brave new world. In: HANKS, Craig (Ed.). *Technology and values: Essential readings*. Chichester: Blackwell Publishing, 2010, p. 321.

<sup>617</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 82.

<sup>618</sup> Cf. KASS, Leon. The wisdom of repugnance. In: *New Republic*, vol. 216, n. 22, 1997, p. 18 e ss.

<sup>619</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>620</sup> PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da Filosofia Antiga no pensamento contemporâneo. In: *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal: actas*. Coimbra: Minerva, 1988, p. 302.

<sup>621</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 21 e ss.

No entanto, tal esforço não parece ser suficiente. Para tanto, seria necessário identificar parâmetros capazes de distinguir os casos cruciais dos casos comuns<sup>622</sup>. E a essa exigência a tese em análise não parece oferecer respostas.

Em busca da superação dessa falha, poder-se-ia tentar extrair, dos exemplos de casos cruciais fornecidos na proposição original da tese da sabedoria da repugnância, os referidos critérios distintivos. Todavia, tal tarefa não aparenta ser realizável.

Na lista apresentada na proposição original, pode-se encontrar, como comportamentos crucialmente repugnantes, a clonagem humana, o incesto, a zoofilia, a mutilação corporal, o canibalismo, o estupro e o homicídio<sup>623</sup>.

Ou seja, este rol engloba: i) condutas autolesivas, como alguns casos de mutilação corporal e canibalismo; ii) comportamentos heterolesivos consensuais, como outros casos de mutilação corporal e canibalismo, além do homicídio, quando for a pedido da vítima; iii) práticas heterolesivas não consensuais, como o estupro, o homicídio, a zoofilia e alguns casos de canibalismo e de mutilação corporal; e iv) atos sequer lesivos, como a clonagem, o incesto e, se observado de forma isolada, o canibalismo. Dessa forma, percebe-se de logo que o recurso à figura da vítima da conduta não parece ser o critério adequado para a distinção entre os casos comuns e os casos cruciais<sup>624</sup>.

Poder-se-ia apontar, então, para a ideia de violação da ordem natural. Contudo, como já observado por meio do modelo da tríade CAD<sup>625</sup>, o nojo está associado à proteção dessa ordem, de modo que a utilização desta como critério de distinção parece promover uma completa indistinção entre os casos cruciais e os casos comuns, haja vista que toda conduta moralmente repugnante seria classificável como crucial<sup>626</sup>.

É possível concluir, dessa forma, pela impossibilidade de elaboração de um parâmetro de distinção que seja confiável e, ao mesmo tempo, capaz de englobar todas as condutas contidas na lista da proposição original da tese da sabedoria da repugnância.

---

<sup>622</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 21.

<sup>623</sup> KASS, Leon. The wisdom of repugnance. In: *New Republic*, vol. 216, n. 22, 1997, p. 20.

<sup>624</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>625</sup> Cf. item “d” do tópico 3.2.

<sup>626</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 25.

g) Para além da refutação das teorias favoráveis ao emprego normativo do nojo, pode-se encontrar, na literatura sobre o tema, dois argumentos que tentam demonstrar que esta emoção não é compatível com seu uso pelo Direito.

Primeiramente, tem-se um argumento do conteúdo cognitivo central do asco, que se funda numa perspectiva cognitivista das emoções<sup>627</sup> para afirmar que esta emoção é composta pela ideia de contaminação<sup>628</sup>. Ocorre que essa ideia não teria a capacidade de persuadir racionalmente as pessoas, posto que fundada em atribuições irreais de causalidade (*magical thinking*) ao invés de se pautar por efetivas relações causais, como a noção de dano – associada à raiva – o faz<sup>629</sup>.

A partir dessa consideração, o argumento do conteúdo cognitivo considera o nojo um sentimento problemático, haja vista que a ideia de contaminação não exige uma alteração real nas propriedades do objeto que entrou em contato com o objeto repugnante<sup>630</sup>. Seria suficiente, para o asco, a mera imaginação de uma relação de causalidade, de modo que ela não serviria como instrumento de identificação de causas reais de risco, mas apenas de causas putativas<sup>631</sup>.

Ademais, a inclusão do nojo na estrutura normativa do Direito representaria uma vontade irreal de se criar um ambiente social de assepsia, de forma a eliminar a natureza mortal e animal do ser humano, o que consistiria numa ambição ilusória e, portanto, também problemática<sup>632</sup>.

h) A esse argumento podem ser opostas quatro objeções. A primeira diz respeito à relação entre o sentimento de nojo e a ideia de contaminação<sup>633</sup>: como já demonstrado anteriormente<sup>634</sup>, embora haja uma correlação – usual, mas não absoluta – entre os dois, é possível visualizar situações em que o sentimento de repugnância não vem acompanhado da ideia de contaminação e situações em que esta ideia acompanha outras emoções, como, por exemplo, a própria raiva, que é tida como um sentimento confiável.

---

<sup>627</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.2.

<sup>628</sup> NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99 e ss.

<sup>629</sup> *Idem, ibidem*, p. 101 e ss.

<sup>630</sup> *Idem, ibidem*, p. 102.

<sup>631</sup> *Idem, ibidem*, p. 102.

<sup>632</sup> *Idem, ibidem*, p. 102.

<sup>633</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 23.

<sup>634</sup> Cf. item “d” do tópico 3.2.1.1.

Em segundo lugar, e conforme já se observou através do exame do modelo da tríade CAD<sup>635</sup>, o nojo funciona como um detector de violações da ordem natural. Dessa forma, não parece ser ilusória a tentativa de preservação desse sistema moral<sup>636</sup>, ainda mais ao se considerar que este esforço é uma constante nas sociedades, mesmo nas mais seculares e liberais<sup>637-638</sup>.

Ademais, deve-se notar que é justamente essa tentativa de estimulação de um sentimento de nojo ao nojo<sup>639</sup> – e não o contrário – que parece uma tentativa de adotar uma postura de assepsia e negação da natureza humana, na qual o nojo parece incluído.

A terceira objeção diz respeito à confiabilidade do sentimento de asco em comparação à do sentimento de raiva, cuja credibilidade parece mais pacífica. Nesse sentido, partindo-se de uma concepção cognitivista – que, como visto, parece mais adequada<sup>640</sup> – pode-se afirmar que o nojo e a raiva funcionam como detectores de violações da ordem natural e da ordem individual, respectivamente.

Ocorre que nenhuma dessas emoções exigem a ocorrência de efetivas violações para que sejam ativadas, sendo possível que tanto causas reais quanto putativas possam as deflagrar. Aliás, essa possibilidade é justamente um dos métodos para se verificar se uma emoção é adequada ou não num caso concreto. Assim, ambos os sentimentos parecem compartilhar níveis similares de credibilidade, diferentemente do que o argumento do conteúdo cognitivo central afirma<sup>641</sup>.

Por fim, a própria base cognitivista do argumento corrobora com a sua invalidade. Certamente, é possível adaptar o argumento do conteúdo cognitivo central para um modelo não-cognitivo, afirmando que, embora o asco não constitua, em si, uma crença de contaminação, ele funciona como detector dessa possibilidade de contágio.

No entanto, tal adaptação acaba por corroborar a objeção da igual credibilidade, haja vista que ao se adaptar o conteúdo cognitivo da raiva a uma perspectiva não-cognitivista, não se pode mais afirmar que este sentimento é capaz de trazer uma ideia de certeza sobre uma

---

<sup>635</sup> Cf. item “d” do tópico 3.2.

<sup>636</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 23.

<sup>637</sup> Cf. item “e” do tópico 3.2.

<sup>638</sup> SHWEDER, Richard A. *et al.* The “Big Three” of Morality (Autonomy, Community, Divinity) and the “Big Three” Explanations of Suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). *Morality and Health*. Nova York: Routledge, 1997, p. 140 e ss.

<sup>639</sup> HUANG, Peter H.; ANDERSON, Christopher J. A Psychology of Emotional Legal Decision: Revulsion and Saving Face in Legal Theory and Practice. In: *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1057 e ss.

<sup>640</sup> Cf. itens “c”, “d” e “e” do tópico 2.4.1.2.

<sup>641</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 23.

relação de causalidade<sup>642</sup>. Assim, enfraquece-se a sugestão de que o nojo seja menos confiável do que a raiva<sup>643</sup>.

i) O segundo argumento contrário ao emprego jurídico da repugnância pode ser chamado de argumento histórico. Segundo ele, a emoção em estudo apresenta, historicamente, um potencial de utilização como instrumento promotor da exclusão social<sup>644</sup>.

Neste sentido, pode-se verificar, no curso da história, diversos casos em que grupos minoritários – como judeus, homossexuais, pobres, intocáveis, entre outros – foram associados a características tidas como repugnantes de modo a justificar e fundamentar uma pretensa superioridade de grupos dominantes<sup>645</sup>.

Percebe-se, assim, que o asco – e a consequente desclassificação das minorias para um patamar intermediário entre o humano e o animalesco – configura um instrumento eficaz de dominação social<sup>646</sup>. Deste modo, seu uso jurídico não seria legítimo<sup>647</sup>.

j) Com efeito, dificilmente se pode refutar o fato de que o nojo foi empregado como fundamento para justificar graves atrocidades e violações da dignidade humana. Todavia, o reconhecimento desse fato não conduz à conclusão de que o emprego jurídico da repugnância não é legítimo, mas somente de que ele deve ser manejado com cuidado, buscando-se estabelecer caminhos para se identificar quando ela é e quando ela não é um critério juridicamente adequado de seleção de condutas criminalizáveis<sup>648</sup>.

Se assim não o fosse, o mesmo argumento poderia ser utilizado para justificar a eliminação de qualquer sistema punitivo<sup>649</sup>. Afinal, grandes tragédias humanitárias também já

---

<sup>642</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 102.

<sup>643</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 23.

<sup>644</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 107 e ss.

<sup>645</sup> *Idem, ibidem*, p. 108.

<sup>646</sup> *Idem, ibidem*, p. 110.

<sup>647</sup> *Idem, ibidem*, p. 107 e ss.

<sup>648</sup> MILLER, William Ian. *The anatomy of disgust*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 202 e ss.

<sup>649</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 24.



foram fundamentadas em nome do poder punitivo do Estado<sup>650</sup>. A solução, porém, não foi – nem é – a sua extinção, mas, sim, a sua limitação por parte do Direito Penal<sup>651</sup>.

k) Há, portanto, um dilema. De um lado, não se pode extrair, das oposições à normatividade jurídica do nojo, uma vedação de seu emprego, mas apenas um dever de cuidado, a fim de se evitar a prática de violações graves a direitos de grupos minoritários, o que feriria a pluralidade social – critério de validação I<sup>652</sup>. Por outro lado, não se encontrou formas de identificação dos casos cruciais em que o asco possa ser legitimamente aplicado como parâmetro de incriminação.

Para resolver essa questão, deve-se, então, promover um esforço no sentido da construção de critérios de identificação dos casos cruciais. Como, todavia, não parece haver um fator capaz de agrupar todas as condutas descritas como cruciais pela tese da sabedoria da repugnância, deve-se partir da hipótese de que nem todas essas condutas são, de fato, cruciais.

Ao se considerar, por outro lado, o dever de cuidado derivado do argumento histórico, entende-se que um primeiro critério a ser estabelecido consiste justamente na limitação do risco de exclusão social advindo do emprego do nojo<sup>653</sup>. Parece evitar-se, deste modo, a tendência que o nojo possui de condenar o ser ao invés do agir<sup>654</sup>. Para além da mera superação do argumento histórico, a preocupação em evitar esse risco de exclusão social se mostra coerente, pois impede a prática de atos que causam grande sentimento de nojo social, como o racismo e o genocídio<sup>655</sup>. Afinal, não faria sentido utilizar o asco social para se estimular condutas que gerem ainda mais repugnância na sociedade<sup>656</sup>.

Para tanto, deve-se retomar a análise das categorias de fatores capazes de eliciar o sentimento de repugnância<sup>657-658</sup>. Deste exame, constata-se que as três primeiras categorias – partes e excreções corporais, alimentos apodrecidos e certas criaturas – dizem respeito à

---

<sup>650</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 24.

<sup>651</sup> Tradição que remonta a Beccaria. Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 64 e ss.

<sup>652</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>653</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>654</sup> HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 858.

<sup>655</sup> SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>656</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>657</sup> Cf. item “b” do tópico 3.2.1.1.

<sup>658</sup> CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, Disgust, and Disease. In: *Perspectives in biology and medicine*, vol. 44, n. 1, 2001, p. 21.

dimensão física do nojo, de modo que elas não dizem respeito à fundamentação da incriminação de condutas.

À dimensão moral do nojo, resta, portanto, as categorias referentes a certos grupos demográficos e à violação de certas normas sociais e morais. Dessa forma, parece sensato afirmar que o risco de exclusão social advém do emprego do asco deflagrado por determinados grupos sociais minoritários, de modo que se deve excluir a possibilidade de aplicação normativa da repugnância eliciada por esse tipo de causa.

1) Destarte, conclui-se que, para se identificar de que forma o sentimento de nojo se insere na noção de dignidade humana, é preciso fazer um exercício de exclusão das causas que eliciam somente o nojo físico, bem como das que advenham da aversão a grupos sociais, principalmente os minoritários.

A esse exercício, dá-se o nome de teste da iluminação<sup>659</sup>, pois representa a identificação da variação do sentimento de nojo subjacente ao repúdio a determinada prática. De certa forma, é possível afirmar que este teste consiste na autolimitação – ou limitação normativa interna – do nojo.

Aplicando o teste da iluminação à cláusula dos bons costumes, pode-se evitar que práticas eliciadoras do mero nojo em sua dimensão física – como, a título exemplificativo, a aceitação, por parte de um consumidor, de alimentos que se encontram fora do prazo de validade – configurem uma violação à referida cláusula, de modo a possibilitar, por exemplo, o consentimento em certas modalidades do crime de corrupção de substâncias alimentares, previsto no art. 282º do Código Penal português e no art. 272 do Código Penal brasileiro<sup>660</sup>, como a venda ou a entrega para o consumo alheio.

---

<sup>659</sup> Para um primeiro esboço do teste da iluminação, cf. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 26 e ss.

<sup>660</sup> Pode-se alegar que o consentimento nesses casos seria inviável por se tratar de bens jurídicos coletivos, visto que os referidos tipos estão formalmente relacionados aos bens perigo comum, no caso de Portugal, e saúde pública, no caso do Brasil. Entende-se, porém, que se tratam de bens jurídicos aparentemente coletivos, visto que fazem referência, necessariamente, à lesão de bens jurídicos individuais. Neste sentido, cf. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7/8, 2012, p. 362 e ss.; em igual sentido, HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 176 e ss.; e SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 81 e ss.

De igual modo, práticas que tenham alguma relevância identitária para grupos demográficos – como atos de canibalismo ritual ou cultural e certos atos de mutilação corporal religiosa ou culturalmente motivados, além de cirurgias como as de redesignação sexual – também devem ser excluídos do âmbito de incidência da cláusula dos bons costumes, evitando a possibilidade de se tratar de um nojo direcionado a uma minoria social.

m) Ocorre que, mesmo ao se afastar as variantes da repugnância que digam respeito à sua dimensão física ou à exclusão social, a manutenção acrítica do asco derivado da transgressão de normas morais e sociais aponta para uma violação da separação entre o Direito e a moral – critério de validação VII<sup>661</sup>.

Com efeito, esta confusão entre o Direito e a moral possui implicações práticas. No que pode ser visto como um forte indicador de um moralismo penal, certas práticas sexuais, como o sadomasoquismo, parecem não estar protegidas da incidência da cláusula dos bons costumes.

É possível, todavia, tentar proteger tais comportamentos através do argumento de que seus adeptos representariam uma minoria demográfica. Dessa forma, elas não se submeteriam à esfera de aplicabilidade da cláusula dos bons costumes, em virtude da preocupação com o risco de exclusão social.

No entanto, tal defesa não parece convincente. Afinal, deve-se considerar que a noção de minoria social, no que tange ao campo da sexualidade, parece dizer mais respeito à orientação sexual – homossexualidade, bissexualidade e outros – do que a fetiches e fantasias sexuais, como é o caso das práticas sadomasoquistas.

Assim, tais comportamentos estariam submetidos ao arbítrio judicial – critério de validação II<sup>662</sup> –, que poderia decidir, sem critérios dogmáticos, se os adeptos do sadomasoquismo devem ou não ser considerados membros de uma minoria social. Uma perspectiva que permitisse tal grau de arbitrariedade seria, portanto, inválida.

---

<sup>661</sup> Cf. item "a" do tópico 2.2.

<sup>662</sup> Cf. item "a" do tópico 2.2.

n) A solução para esse impasse, portanto, não parece residir no sentimento de nojo. Todavia, deve-se retomar as considerações feitas sobre a dignidade humana, lembrando que, para além da repugnância, ela também parece ser composta pela compaixão<sup>663</sup>.

Assim, faz-se necessário uma investigação sobre esse sentimento, a fim de se identificar suas características e, posteriormente, se determinar a sua capacidade ou incapacidade de superar as limitações encontradas na normatividade jurídica do asco.

### 3.2.2. A compaixão

a) Antes de se promover uma investigação da compaixão – entendida como sentimento advindo do sofrimento alheio – é preciso, definir a sua natureza. Afinal, há duas perspectivas quanto ao assunto: ela pode ser vista como uma habilidade de compartilhamento de emoções<sup>664</sup>, tal qual a empatia e a simpatia; ou como um sentimento, seja ele um derivado de outras emoções<sup>665</sup>, sobretudo os de amor e tristeza, ou um sentimento autônomo<sup>666</sup>.

Tal debate parece advir da confusão existente entre a compaixão e conceitos correlatos, como a empatia, simpatia, piedade e outros<sup>667</sup>. Com efeito, diversos autores utilizam tais conceitos como sinônimos ou, por vezes, atribuem a um deles características típicas de outros<sup>668</sup>.

Essa confusão, por sua vez, parece derivar do fato de que, em diversos sentidos, as definições de cada um desses conceitos parecem, por vezes, se sobrepor, sobretudo considerando as variações culturais, geográficas e temporais<sup>669</sup>.

---

<sup>663</sup> Cf. item "b" do tópico 3.2.

<sup>664</sup> Cf. HOFFMAN, Martin L. Is Altruism Part of Human Nature? In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 40, n. 1, 1980, 130 e ss.

<sup>665</sup> Cf. POST, Stephen G. The Tradition of Agape. In: POST, Stephen G.; UNDERWOOD, Lynn G.; HURLBUT, William B. (Eds.). *Altruism and Altruistic Love: Science, Philosophy, and Religion in Dialogue*. Nova York, Oxford University Press, 2002, p. 51.

<sup>666</sup> Cf. DARWIN, Charles. *The descent of man, and selection in relation to sex*, vol. I. Nova York: D. Appleton and Company, 1871, p. 77; igualmente, LAZARUS, Richard S. *Emotion and Adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 288 e ss.

<sup>667</sup> Cf. item "b" do tópico 2.4.1.1.

<sup>668</sup> Sobre o emprego da expressão "piedade" como sinônimo de "compaixão" até meados da era Vitoriana, cf. NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 30. Similarmente, pode-se notar, em outros autores a utilização de termos como "simpatia" e "empatia" no sentido de algo que vai além da definição utilizada neste trabalho. Cf. DARWIN, Charles. *Op. cit.*, p. 77; e HOFFMAN, Martin L. *Op. cit.*, p. 130 e ss.

<sup>669</sup> LAZARUS, Richard S. *Op. cit.*, p. 288.

Entende-se, porém, que a compaixão não consiste numa habilidade emocional, haja vista que ela não promove no sujeito um sentimento equivalente ao que se considera que o objeto da compaixão esteja sentindo, mas, sim, uma emoção específica de angústia acompanhada de um ímpeto de ajudar<sup>670</sup>.

Por exemplo, a compaixão sentida em relação a uma pessoa que nasceu e cresceu numa situação de guerra – e, portanto, não conhece outra forma de viver, de modo a não se sentir emocionalmente afetada de forma negativa pela realidade à sua volta<sup>671</sup> – não representa um compartilhamento de sentimentos.

A partir desse exemplo, porém, é possível confundir a compaixão com o sentimento de preocupação tratado acima<sup>672</sup>. Todavia, o que parece diferenciar as duas emoções é o fato de que, enquanto a preocupação enseja um atuar paternalista, desconsiderando a vontade do alvo deste sentimento, a compaixão parece surgir em situações em que o indivíduo não tem possibilidade de exercer sua vontade<sup>673</sup>.

b) Definida a questão da natureza da compaixão, cumpre, antes de se adentrar no estudo de sua anatomia, discorrer sobre a sua universalidade. Neste contexto, não se encontram estudos que ofereçam evidências empíricas que permitam uma análise do papel da compaixão na evolução humana<sup>674</sup>. Há uma certa carência de pesquisas a respeito das avaliações associadas, experiências, manifestações e fisiologia da compaixão a nível transcultural, sobretudo no que tange a culturas não-ocidentais<sup>675</sup>.

Todavia, é possível encontrar evidências de menções a sentimentos iguais – ou, ao menos, próximos ao que se concebe como compaixão – em setores como a filosofia antiga – ocidental<sup>676</sup> e oriental<sup>677</sup> –, por exemplo.

---

<sup>670</sup> LAZARUS, Richard S. *Emotion and Adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991, p. 289.

<sup>671</sup> CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 435.

<sup>672</sup> Cf. item “b” do tópico 3.2.

<sup>673</sup> CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 435 e ss.; igualmente, NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 33 e ss.

<sup>674</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 364.

<sup>675</sup> *Idem, ibidem*, p. 364.

<sup>676</sup> Cf. ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 184 e ss.

<sup>677</sup> Sobre a presença da compaixão no taoísmo, confucionismo e zen-budismo, cf. OPDEBEECK, Hendrik; HABISCH, André. Compassion: Chinese and western perspectives on practical wisdom in management. In: *Journal of Management Development*, vol. 30, n. 7/8, 2011, p. 778 e ss.

Encontra-se, também, menções à compaixão na teologia islâmica<sup>678</sup>, além de ser possível traçar uma associação entre essa emoção e o conceito sul-africano de *ubuntu*<sup>679</sup>. Ademais, diferentes estudos na área da psicologia indicam a presença e valorização desse sentimento em diversos países, como Alemanha, Brasil, China, Espanha, Índia, Indonésia, Japão e Malásia<sup>680</sup>.

Assim, é possível afirmar, com uma certa segurança, a universalidade da compaixão. Tal fato confere uma utilidade, para fins de uma ciência penal universal, à sua aplicação normativa, haja vista que permite a transposição dos argumentos a diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo aqueles que acolhem a supremacia da dignidade humana. Faz-se necessário, portanto, desenvolver uma investigação sobre as suas características e peculiaridades, de forma a extrair informações capazes de auxiliar essa integração.

#### 3.2.2.1. Anatomia da compaixão

a) Tipicamente, a compaixão é manifestada através do impulso de ajudar, confortar ou, de algum modo, aliviar ou reduzir o sofrimento de terceiros<sup>681</sup>. Desta maneira, é possível classificá-la como uma emoção prossocial<sup>682</sup>, ou seja, um sentimento orientado para a cooperação social.

Em termos faciais, a compaixão pode ser caracterizada pelas sobrancelhas oblíquas e franzidas, pelas pálpebras inferiores erguidas e pela boca levemente pressionada<sup>683</sup>. Ademais, este sentimento também se distingue por outras expressões comunicativas não-verbais, como contato ocular com a pessoa em sofrimento, direcionamento do corpo e da cabeça a essa pessoa

---

<sup>678</sup> Cf. ENGINEER, Ashgar Ali. The concept of compassion in Islam. In: *Global Religious Vision*, vol. 2, n. I-II, 2001, p. 12 e ss.

<sup>679</sup> Cf. NUSSBAUM, Barbara. Ubuntu: Reflections of a South African on Our Common Humanity. In: *Reflections*, vol. 4, n. 4, 2003, p. 21 e ss.; igualmente, REDONNET, Jean-Claude. L'idée de réconciliation dans les sociétés multiculturelles du Commonwealth : Une question d'actualité ? In: *Études anglaises*, vol. 54, 2001, p. 484.

<sup>680</sup> Cf. GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 364 e ss.

<sup>681</sup> HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 862.

<sup>682</sup> *Idem, ibidem*, p. 862.

<sup>683</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. *Op. cit.*, p. 359 e ss.

e inclinação para a frente<sup>684</sup>. Observa-se, igualmente, uma tendência de uso do tato e uma suavização da voz<sup>685</sup>.

b) A compaixão é deflagrada por situações em que terceiros se encontram em sofrimento<sup>686</sup>. Todavia, não basta uma mera aflição para eliciar este sentimento, sendo necessária a ocorrência de uma situação associada a um sofrimento grave<sup>687</sup>, caso contrário deflagra-se, ao invés, um certo sentimento de desdém<sup>688</sup>. Pode-se afirmar, assim, que um dos requisitos para a compaixão é a aparência de gravidade ou seriedade do sofrimento<sup>689</sup>.

Deve-se ressaltar, neste contexto, a noção de aparência. Por vezes, o observador pode não perceber a gravidade da questão, vindo a menosprezar algo que, se tivesse todas as informações necessárias, consideraria relevante. Por exemplo, embora a perda de uma peça de roupa possa parecer, à primeira vista, banal, ela ganha relevância ao se saber que tal peça foi o último presente dado pela mãe falecida da pessoa que sofre.

Neste sentido, é relevante notar que a questão da aparência acaba por demonstrar e esclarecer o papel instrumental fundamental atribuído à razão no tema das emoções: ao conferir meios para a elucidação dos dados que, de alguma forma, guardam alguma conexão com a questão analisada, a razão fornece elementos capazes de instruir a formação de um juízo de valor completo e adequado sobre o caso<sup>690</sup>.

Todavia, nem todo sofrimento profundo é capaz de eliciar a compaixão. Para tanto, é preciso ainda que o mal acometido não pareça ter sido causado pela própria vítima, ou seja, que o mal não pareça ser merecido<sup>691</sup>. Contudo, como se verá, quanto maior a percepção da

---

<sup>684</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 359 e ss.

<sup>685</sup> *Idem, ibidem*, p. 359 e ss.

<sup>686</sup> ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 184; CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 435; HAIDT, Jonathan. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 862; NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 31.

<sup>687</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 184; CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 435; NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 31 e ss.

<sup>688</sup> Martha Nussbaum, embora não defina o nome do sentimento, traz o exemplo da emoção sentida por Sêneca, que ri diante do infortúnio de um aristocrata romano que teme o insucesso de um jantar organizado por ele. Cf. NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>689</sup> CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 435; e NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 31 e ss.

<sup>690</sup> HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751, p. 199.

<sup>691</sup> ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 184 e ss; CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 435; GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. *Op. cit.*, p. 358; NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 33.

condição humana de imperfeição, maior parece ser a capacidade de se sentir compaixão perante as pessoas vítimas de suas próprias falhas<sup>692</sup>.

Por fim, parece ser necessário que esse mal profundo e não merecido seja causado a alguém com quem se tenha alguma forma de conexão<sup>693</sup>, ou seja, uma identificação compassiva. Trata-se do que pode ser chamado de percepção de possibilidades similares<sup>694</sup>, que parece estar fundada nas habilidades de compartilhamento emocional humanas<sup>695</sup>.

Pode-se argumentar que essa percepção não consiste num requisito essencial à compaixão, haja vista que seria possível senti-la em relação a animais, por exemplo, bem como também se fala da compaixão de entes divinos<sup>696</sup>. Parece, todavia, que essa argumentação se funda na confusão de conceitos entre compaixão e piedade, haja vista que, na relação entre seres humanos e animais ou entre divindades e seres humanos, há uma desigualdade e certa condescendência que caracterizam justamente a piedade<sup>697-698</sup>.

c) Há três caminhos para se estabelecer o requisito da identificação compassiva. O primeiro diz respeito ao reconhecimento de uma igual submissão a um conjunto de normas sociais num nível mais profundo do que o Direito e a etiqueta<sup>699</sup>. Ou seja, trata-se do pertencimento a uma mesma cultura. A partir desse reconhecimento, o indivíduo passa perceber o compartilhamento de uma humanidade similar no outro<sup>700</sup>.

O alicerce desse mecanismo, porém, parece ser não a empatia, mas, sim, a simpatia<sup>701</sup>. Assim, essa compaixão simpática acaba por ser promovida somente entre grupos sociais relativamente coesos.

---

<sup>692</sup> CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 438.

<sup>693</sup> ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 184 e ss.; CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 436 e ss.; NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 33 e ss; ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Émile, ou De l'éducation*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1854, p. 256 e ss.

<sup>694</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 33 e ss.

<sup>695</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

<sup>696</sup> *Idem*. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 317 e ss.

<sup>697</sup> RÍO VILLEGAS, Rafael del. Benevolencia y Compasión. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. XXV, 2014, p. 101.

<sup>698</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

<sup>699</sup> CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 436 e ss.

<sup>700</sup> *Idem, ibidem*, p. 437.

<sup>701</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.



Deste modo, em virtude de sua origem, pode-se constatar uma dificuldade de deflagração, através da via cultural, da compaixão entre culturas cuja discrepância entre si atinja um nível radical, o que limitaria a universalidade de aplicação da compaixão.

O segundo caminho, no entanto, ao se pautar na empatia, parece permitir essa universalização da identificação entre as pessoas. Na via empática, a humanidade do outro é percebida a partir do reconhecimento de um plano espiritual – que pode ser concebido sob uma perspectiva religiosa ou secular<sup>702</sup> –, que integraria todos os seres humanos.

Entretanto, ainda que se conceba esse plano espiritual de modo secular, ele parece requerer o acolhimento de uma perspectiva filosófica específica e não compartilhada por todos. Assim, se houvesse somente essas duas fontes de identificação, a compaixão provavelmente não seria um sentimento tão universalizável e também haveria uma maior dificuldade de justificação de um estímulo estatal a ela.

Afinal, ou se trataria de uma compaixão simpática – com todos os problemas decorrentes de seu viés<sup>703</sup> –, ou, então, consistiria numa compaixão empática de difícil aplicação ampla, por estar fundada numa concepção filosófica ou religiosa muito específica.

Contudo, um terceiro caminho, que pode ser chamado de via do conhecimento ou via empática secular em sentido estrito, parece resolver essa questão. Através dele, a identificação entre pessoas surge pela compreensão da fragilidade e imperfeição do ser humano<sup>704</sup>.

A partir do reconhecimento da falibilidade humana, o indivíduo observador acaba por constatar a possibilidade de falhas similares ocorrerem a si mesmo, o que possibilita um sentimento de compaixão empática mesmo em relação a indivíduos que tenham causado seu próprio infortúnio<sup>705</sup>. Parece, inclusive, ser essa fonte que permite a deflagração do sentimento de compaixão perante indivíduos culpáveis e criminosos, criando uma tendência de diminuição do ímpeto punitivo<sup>706</sup>.

Percebe-se, então, uma conexão universalizável e secular entre a compaixão e o humanismo<sup>707</sup> – e, por conseguinte, com a ideia de dignidade humana –, pautada pela empatia

---

<sup>702</sup> Cf. a apresentação da visão de Hegel, secular, e de John Donne, religiosa, em CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 437.

<sup>703</sup> Cf. itens “b”, “c” e “d” do tópico 2.4.1.1.

<sup>704</sup> CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 437 e ss.

<sup>705</sup> *Idem, ibidem*, p. 438.

<sup>706</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 366.

<sup>707</sup> CASSELL, Eric J. *Op. cit.*, p. 439.

e que pode ser estimulada através da promoção do conhecimento sobre o ser humano e suas imperfeições.

d) Por outro lado, e corroborando com a tese de que a identificação é um requisito para a compaixão, a sua ausência se mostra capaz de fazer esse sentimento desaparecer ou não ser deflagrado<sup>708</sup>.

Neste contexto, a ausência da compaixão nas ações humanas coletivas acaba por estar associada a episódios históricos marcados por grandes violações da dignidade humana, como o nazismo, o massacre de indígenas por colonizadores europeus e brutalidades cometidas no curso de guerras tribais africanas<sup>709</sup>.

e) É possível, também, observar uma conexão entre a compaixão e outros sentimentos, em especial, certas as emoções reativas de condenação. Ademais, para além de uma tendência a uma ação orientada para a diminuição de violações individuais – que, estão associadas à raiva<sup>710-711</sup> –, outros estudos apontam que a atuação da compaixão é mais ampla.

Neste sentido, a compaixão está associada, também, ao sofrimento advindo da violação de outros domínios éticos<sup>712</sup>, o que permite que ela seja deflagrada ao se perceber transgressões da liberdade individual, valores sociais e certos aspectos da ordem natural<sup>713</sup>. Pode-se dizer, então, que a atuação da compaixão nos diferentes domínios éticos possibilita, de certa forma, um campo de diálogo entre eles.

---

<sup>708</sup> CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 438 e ss.

<sup>709</sup> *Idem, ibidem*, p. 438.

<sup>710</sup> ROZIN, Paul *et al.* The CAD Triad Hypothesis: A Mapping Between Three Moral Emotions (Contempt, Anger, Disgust) and Three Moral Codes (Community, Autonomy, Divinity). In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 76, n. 4, 1999, p. 574 e ss.

<sup>711</sup> Cf. item “d” do tópico 3.2.

<sup>712</sup> Cf. SHWEDER, Richard A. *et al.* The “Big Three” of Morality (Autonomy, Community, Divinity) and the “Big Three” Explanations of Suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). *Morality and Health*. Nova York: Routledge, 1997, p. 130 e ss.

<sup>713</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 366 e ss.

f) A partir dessas características, incluindo a vinculação entre a compaixão e a dignidade humana – observada tanto na presença dessa emoção quanto na sua ausência –, é possível esboçar uma análise de suas funções no decorrer do processo evolutivo.

Considerando que a compaixão enseja a busca pela redução do sofrimento dos similares, pode-se afirmar que este sentimento exerceu um papel crucial no estabelecimento de comunidades e sociedades capazes de promover uma maior proteção de seus membros em relação a grupos mais egoístas, contribuindo para a sobrevivência das sociedades dotadas de mais compaixão<sup>714</sup>.

Ao se examinar esse papel no processo de seleção natural, é possível observar duas vantagens evolutivas oferecidas pela compaixão: uma maior proteção da prole e uma maior capacidade de estabelecer vínculos de cooperação com outras comunidades<sup>715</sup>.

Tais funções demonstram a relevância da compaixão no desenvolvimento de um modelo de sociedade que se importa com as necessidades de seus indivíduos e que mantém uma relação pacífica e cooperativa com outros grupos. Pode-se afirmar, neste contexto, que a compaixão atua como protetora da dignidade dos indivíduos membros das comunidades humanas – bem como das outras pessoas que com eles se relacionavam – diante de situações de sofrimento, mitigando-as.

g) Esta característica de proteção da dignidade, no entanto, às vezes é vista como um insulto à capacidade da pessoa de se proteger por si mesma, o que, paradoxalmente, afetaria a sua dignidade, na medida em que se lhe atribuiria uma pretensa dependência em relação à bondade de terceiros<sup>716</sup>. Por conseguinte, essa indignidade seria igualmente atribuída ao próprio agente da compaixão, em virtude da percepção das possibilidades similares<sup>717</sup>.

Tal visão, no entanto, parece advir da confusão entre a compaixão e a piedade, que, como visto, está associada a esse senso de superioridade em relação ao seu objeto<sup>718-719</sup>. Porém, ainda que não se considerasse a distinção entre as duas emoções, parece que a tese de que a

---

<sup>714</sup> DARWIN, Charles. *The descent of man, and selection in relation to sex*, vol. I. Nova York: D. Appleton and Company, 1871, p. 78 e ss.

<sup>715</sup> GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 354 e ss.

<sup>716</sup> KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 205.

<sup>717</sup> NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 42.

<sup>718</sup> RÍO VILLEGAS, Rafael del. Benevolencia y Compasión. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. XXV, 2014, p. 101.

<sup>719</sup> Cf. item “b” do tópico 2.4.1.1.

compaixão conduz à indignidade das pessoas se funda numa lógica de tudo ou nada – em que a dignidade é completamente incompatível com a consternação advinda do reconhecimento das circunstâncias difíceis em que a pessoa se encontra –, sendo que não parece haver óbices à conciliação de ambos<sup>720</sup>.

### 3.2.2.2. A normatividade jurídica da compaixão

a) Ao se concluir a anatomia da compaixão, faz-se necessário, como já se fez anteriormente com o sentimento de nojo, examinar as possibilidades de integração desse conhecimento à ordem jurídica. Neste contexto, e trazendo o debate para o âmbito da criminalização indireta, no qual se insere a cláusula dos bons costumes, a análise normativa da compaixão focará no seu potencial descriminalizante.

Deve-se ressaltar, contudo, que, usualmente, as análises a respeito da compaixão no Direito dizem mais respeito a sua aplicação como orientadora de uma decisão judicial mais justa do que a seu papel como conteúdo prescritivo subjacente às normas empregadas<sup>721</sup>. Trata-se, portanto, de uma subutilização do potencial pragmático do estudo da relação entre o Direito e as emoções.

b) É possível extrair, todavia, duas objeções genéricas ao emprego normativo da compaixão no Direito. Primeiramente, esta emoção é, por vezes, enxergada como um elemento incompatível com uma imparcialidade exigível do Estado, visto que haveria uma tendência de se promover um tratamento benevolente aos mais próximos, que diminuiria com o distanciamento, chegando mesmo a se tornar, em situações extremas como a guerra, um tratamento malevolente com os grupos mais remotos<sup>722</sup>.

Contra essa objeção, levanta-se dois contrapontos. Em primeiro lugar, ao se ter conhecimento das diferentes fontes de identificação compassiva, é possível direcionar a atuação normativa na linha da compaixão empática secular em sentido estrito, buscando evitar a

---

<sup>720</sup> NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 44 e ss.

<sup>721</sup> Para um exemplo desse uso da compaixão como orientação para uma decisão judicial mais justa, cf. NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 53 e ss.

<sup>722</sup> SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790, p. 136 e ss.

compaixão simpática ou a compaixão empática religiosa ou filosoficamente limitada<sup>723</sup>. Assim, mostra-se viável um esforço de desenvolvimento moral no sentido da aproximação em relação a indivíduos distantes<sup>724</sup>, possibilitando, portanto, uma atuação imparcial.

Ademais, não se busca eliminar a participação da atividade racional no campo normativo, mas apenas demarcar seus limites, reconhecendo a relevância da compaixão<sup>725</sup>. Um exemplo dessa interação entre razão e compaixão reside justamente na capacidade de identificação das fontes de identificação compassiva, de modo a se conscientizar sobre os problemas de cada uma dessas fontes, evitando os caminhos inadequados.

A segunda objeção genérica consiste na associação entre a compaixão e sentimentos negativos, como a raiva, o ressentimento e a vingança<sup>726</sup>. Desta maneira, poder-se-ia argumentar que a compaixão não deveria ser empregada juridicamente ante a necessidade de se evitar a inserção de emoções polêmicas no campo do Direito.

A primeira crítica que se faz a essa objeção reside no argumento do mero risco. Similarmente à resposta dada à objeção histórica feita à utilização jurídica do nojo<sup>727</sup>, a simples possibilidade de um risco não parece ser suficiente para justificar a eliminação do emprego normativo de uma emoção no Direito. Afinal, é possível delinear os limites de aplicação da compaixão, de modo a evitar seus riscos<sup>728</sup>.

Ademais, dentro do contexto sentimentalista, acaba-se por promover uma ressignificação das emoções, de modo a se abrir um novo campo de estudos dos potenciais usos jurídicos de sentimentos ditos polêmicos, como a raiva<sup>729</sup> e mesmo a vingança<sup>730-731</sup>. A partir

---

<sup>723</sup> Cf. item “c” do tópico 3.2.2.1.

<sup>724</sup> NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 48.

<sup>725</sup> *Idem, ibidem*, p. 48 e ss.

<sup>726</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *On the Genealogy of Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 89 e ss.

<sup>727</sup> Cf. item “j” do tópico 3.2.1.2.

<sup>728</sup> NUSSBAUM, Martha. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>729</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 99 e ss.

<sup>730</sup> Cf. PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 169 e ss.; SOARES, Hugo Leonardo Chaves; COSTA, Luiz Antonio Moraes Lento Peixoto da; GUIMARAES NETO, Silvio Leite. O tratamento penal luso-brasileiro do discurso de ódio no pós-guerra: reflexões a partir do filme *Schwarzfahrer*. In: SILVA, Matheus Passos (Coord.); SANTOS, Ruth Maria Pereira dos; BERNARDO, Caroline Costa. (Orgs.). *Anais do II Congresso Luso-Brasileiro do NELB*. Ebook. Brasília: Vestnik, 2015; e SOLOMON, Robert C. Justice v. vengeance: on law and the satisfaction of emotion. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 123 e ss.

<sup>731</sup> A rigor, não cabe classificar a vingança como uma emoção, mas, sim, como um complexo de sentimentos distintos, sendo mais adequado caracterizá-la como um fenômeno emocional. Cf. SOLOMON, Robert C. *Op. cit.*, p. 124.

dessa abertura sentimental, perdem força os argumentos que tendem a rejeitar uma emoção com base na sua associação a um outro sentimento mais polêmico.

Por fim, critica-se a objeção da associação a sentimentos polêmicos por ela desconsiderar a distinção entre compaixão simpática e compaixão empática<sup>732</sup>. Partindo dessa diferenciação, é possível, como dito acima, conceber a possibilidade de um desenvolvimento moral em direção à diminuição do distanciamento em relação a pessoas e grupos distantes<sup>733</sup>. Assim, à medida que o sujeito avaliado se aproxima do avaliador, menores serão as chances do sentimento de compaixão se associar a um desejo de vingança, por exemplo<sup>734</sup>.

c) Neste sentido, é possível verificar, no contexto da dignidade humana, manifestações normativas da compaixão empática, de modo a se constatar, para além da sua compatibilidade, a sua necessidade para o sistema jurídico.

Com efeito, uma das primeiras associações que podem ser feitas é a promovida entre a compaixão e o princípio da beneficência<sup>735</sup> da bioética principialista<sup>736</sup>. Trata-se da tradução normativa da tendência deste sentimento de estimular ações que busquem reduzir o sofrimento de pessoas. Todavia, o princípio da benevolência constitui uma norma mais relacionada à bioética do que ao Direito em si, de modo que nem sempre suas determinações produzem resultados jurídicos<sup>737</sup>.

No âmbito estritamente jurídico, pode-se elencar, como expressão normativa da compaixão, a preocupação com o mínimo existencial, que está tradicionalmente associada à proteção da dignidade da pessoa humana<sup>738</sup>.

Embora se possa encontrar justificativas instrumentais<sup>739</sup>, que buscam racionalizar a fundamentação de um direito ao mínimo existencial ao transformá-lo em requisito essencial da

---

<sup>732</sup> Cf. item “c” do tópico 3.2.2.1.

<sup>733</sup> NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 49 e ss.

<sup>734</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 49 e ss.

<sup>735</sup> RUEFF, Maria do Céu. Legis artis, fim de vida, compaixão, direito penal. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 201.

<sup>736</sup> Sobre a bioética principialista, cf. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. Nova York: Oxford University Press, p. 57 e ss.

<sup>737</sup> FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 136 e ss.

<sup>738</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 189 e ss.

<sup>739</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 194 e ss.

liberdade ou da democracia, este direito parece estar fundado, em última análise, numa justificativa independente<sup>740</sup>, ou seja, num imperativo de justiça: o atendimento das necessidades humanas, em especial as das pessoas vulneráveis. E essa preocupação – não no sentido de uma emoção autônoma – em combater, ou ao menos, abrandar a vulnerabilidade e as necessidades se mostra idêntica às ações estimuladas pelo sentimento de compaixão.

No campo penal, a manifestação normativa da compaixão na dignidade humana revela-se sobretudo no princípio da humanidade da pena, embora esteja presente em outros princípios, como o da reinserção social<sup>741</sup>.

O princípio da humanidade da pena, por sua vez, traz consigo uma preocupação em extinguir as penas cruéis, degradantes ou desumanas<sup>742</sup>. Em suma, demonstra-se um respeito ao preso, bem como uma tentativa de diminuir seu sofrimento e o das pessoas à sua volta, o que aponta para uma identificação com a compaixão.

Percebe-se, assim, que a compaixão guarda uma conexão essencial com princípios basilares dos sistemas jurídicos modernos. A sua presença do Direito, portanto, não só é recomendável, como essencial para a estruturação do mundo jurídico nos moldes atuais.

d) Superadas as críticas genéricas feitas ao uso jurídico da compaixão, cumpre trazer o debate sobre a aplicação dessa emoção no contexto da cláusula dos bons costumes. Neste quesito, surge o questionamento a respeito do objeto da compaixão, ou seja, se este sentimento deve ser aplicado somente em relação ao agente que praticou o ato consentido, ou se também é cabível em relação ao consenciente.

---

<sup>740</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 207 e ss.

<sup>741</sup> Sobre a preocupação em se evitar a marginalização e o consequente surgimento de obstáculos à satisfação das necessidades mínimas do egresso, cf. RULLI JUNIOR, Antonio; CALANDRA, Henrique Nelson. Direitos humanos e reinserção social. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 326 e ss.

<sup>742</sup> Para um panorama deste princípio, além da demonstração de sua preocupação com o sofrimento físico e psicológico, não só do condenado, mas também de seus familiares e amigos, cf. LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 440 e ss. De modo mais sucinto, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 30 e ss.

Neste contexto, remete-se à discussão já travada em momento anterior<sup>743</sup>, na qual se examinou a chamada teoria da autonomia, que sustenta a limitação da intervenção estatal na autonomia individual através do reconhecimento de uma esfera intransponível de direitos<sup>744</sup>.

Naquele debate, entendeu-se que essa teoria não era satisfatória no âmbito do instituto do consentimento, pois, entre outros motivos, a cláusula dos bons costumes não representava uma intervenção direta na autonomia do ofendido, mas, sim, na do agente<sup>745</sup>. Assim, seria necessária a elaboração de uma teoria que fundamentasse a existência e intangibilidade de um “direito a ser ajudado” para que o argumento da teoria da autonomia não perdesse sua força.

No entanto, o sentimentalismo e, em particular, o emprego normativo da compaixão, possuem a vantagem de contornar essa questão, permitindo que o foco retorne ao ofendido, ao invés de residir somente no agente.

Afinal, embora a conduta analisada no contexto da cláusula dos bons costumes seja a do agente, o exame sentimentalista permite que se observe os efeitos emocionais em todos os envolvidos. E, a partir da observação dos efeitos emocionais, o acolhimento jurídico do sentimento de compaixão deflagrado em relação ao consenciente – por conta da frustração de seu projeto – cria uma exigência normativa de criação de mecanismos de redução desse sofrimento.

Noutras palavras, na teoria da autonomia, a intervenção estatal por meio da cláusula dos bons costumes consistiria somente numa intervenção indireta na esfera dos direitos do consenciente, ao passo que, na teoria sentimentalista, a interferência do Estado representaria uma causa direta do seu sofrimento. Deste modo, numa lógica sentimentalista, caso esse sofrer seja grave e profundo, a força normativa da compaixão tornaria exigíveis medidas voltadas para a sua mitigação.

Dessa forma, preserva-se o intuito limitador das ingerências estatais observado na teoria da autonomia ao mesmo tempo em que se permite a consideração dos interesses de todos os envolvidos na ação. Pode-se afirmar, portanto, que o sentimentalismo jurídico permite a promoção de um aprofundamento da teoria da autonomia.

---

<sup>743</sup> Cf. item “d” do tópico 1.2.1.2.

<sup>744</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 82, 2010, p. 176 e ss.

<sup>745</sup> Cf. item “d” do tópico 1.2.1.2.



e) Todavia, faz-se ainda necessário definir os limites dessa intangibilidade em relação à ação estatal. Trata-se da segunda crítica oposta à teoria da autonomia, o que conduz a um problema de indeterminação do conteúdo da cláusula dos bons costumes<sup>746</sup>.

Para tanto, pode-se utilizar como inspiração a estratégia de zoneamento ou estratificação aplicada em relação aos direitos da personalidade<sup>747</sup>. De acordo com essa classificação, os direitos possuem um núcleo, uma orla e uma periferia, sendo que cada zona ostenta um nível distinto de proteção<sup>748</sup>. Assim, o núcleo consiste no conteúdo intangível de um direito, ao passo que a orla e a periferia permitem limitações em certas ocasiões<sup>749</sup>.

No entanto, entende-se que tal estratégia, em sua proposição original, se mostra contraditória. Afinal, ao determinar a indisponibilidade absoluta do núcleo, ela acaba por vedar, ao mesmo tempo, a intervenção da autonomia e do Estado nesse estrato. Ocorre que, ao se vedar legalmente a limitação voluntária, cria-se, por lógica, uma limitação estatal à disponibilidade desses direitos.

Por esse motivo, propõe-se, aqui, uma adaptação à luz da teoria da autonomia. Ao invés de utilizá-la para definir espaços simultaneamente insuscetíveis a limitações decorrentes do Estado e da vontade autônoma<sup>750</sup>, ela será empregada para se estabelecer campos em que somente a intervenção estatal não é legítima. Dessa forma, diferentemente da proposta original, a intangibilidade do núcleo dirá respeito somente à atuação do Estado, estando totalmente sujeita à limitação voluntária.

Contra essa adaptação, pode-se objetar que ela não se aplicaria a direitos considerados essenciais, sobretudo ao direito à vida. Afinal, ao se permitir um espaço de completa sujeição à autonomia, estar-se-ia a legitimar o homicídio a pedido da vítima, por exemplo.

Há duas respostas a essa objeção. A primeira, legalista, vai no sentido de que a peculiaridade do direito à vida faz com que o legislador estabeleça normas específicas em relação a ele, de modo que tal direito não se encaixa numa perspectiva geral por força de lei.

---

<sup>746</sup> Cf. item “d” do tópico 1.2.1.2.

<sup>747</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 158 e ss.; *Idem*. A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. In: *Revista da EMERJ*, vol. 9, n. 33, 2006, p. 106 e ss.

<sup>748</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 158 e ss.; *Idem*. A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. In: *Revista da EMERJ*, vol. 9, n. 33, 2006, p. 106 e ss.

<sup>749</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 158 e ss.; *Idem*. A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. In: *Revista da EMERJ*, vol. 9, n. 33, 2006, p. 106 e ss.

<sup>750</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa. *Op. cit.*, p. 106 e ss.

Contudo, essa resposta não é satisfatória. Primeiro, pois demonstra um apego excessivo à lei, abandonando o papel de criticidade e adotando uma criticável postura reverenciadora<sup>751</sup>. Ademais, ela acaba por se aproximar de uma concepção casuística da doutrina, o que, por sua vez, se aproxima da arbitrariedade, de modo que só deve ser acolhida em último caso.

Nesta linha, a segunda resposta à objeção se apresenta mais adequada. Segundo ela, o núcleo do direito à vida não engloba a sua disposição no sentido de sua destruição<sup>752</sup>. Inclusive, ao se entendendo a disponibilidade na dimensão do mero uso, o direito à vida torna-se um dos direitos mais disponíveis, visto que é consumido a todo instante<sup>753</sup>.

f) Retornando à versão adaptada da estratégia do zoneamento, tem-se que o núcleo, sendo o estrato mais protegido dos direitos, possui uma conexão direta com a personalidade. Consiste, portanto, no exercício mais básico dos direitos. Seria o caso, por exemplo, da sexualidade consentida ou do uso do corpo como expressão da identidade através de intervenções, como tatuagens, brincos e *piercings*.

A orla representa, em seu turno, o nível mais fraco de proteção jurídica. A bem da verdade, pode-se afirmar que a tutela jurídica nesses casos se aproxima de uma efetiva não-tutela.

Nela, incluem-se condutas que apenas formalmente parecem guardar alguma relação com a personalidade, mas, em verdade, configuram ilícitos, de modo que elas não só são limitáveis, como devem ser limitadas. Neste estrato, encontram-se, por exemplo, práticas relativas à sexualidade não consentida – como a zoofilia<sup>754</sup>.

A periferia, por fim, configura o espaço intermediário, consistindo nas práticas relacionadas à personalidade, mas de forma menos direta. Em virtude dessa conexão mais tênue entre a zona da periferia e a personalidade, torna-se possível a sua limitação estatal em certos casos.

---

<sup>751</sup> GRECO, Luís. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 1 e ss.

<sup>752</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: vol I – Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403 e ss.

<sup>753</sup> *Idem, ibidem*, p. 405.

<sup>754</sup> Cf. SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015, p. 29.

Neste grupo, estão inseridos comportamentos como a mutilação corporal por finalidades não relacionadas à personalidade em si – como curiosidade, orgulho e outros –, que, portanto, se mostram limitáveis pela cláusula dos bons costumes<sup>755</sup>.

g) Por vezes, porém, a tarefa de distinção entre o estrato nuclear e o estrato periférico requer um critério mais apropriado. É neste contexto que a compaixão se insere: o sentimento social de compaixão empática parece ser o instrumento adequado para distinguir aquilo cuja vedação representaria um mero aborrecimento daquilo que realmente afeta a personalidade do indivíduo a ponto de lhe causar grande sofrimento caso lhe seja negada a possibilidade praticá-lo.

Assim, ao se considerar, por exemplo, a relação quase umbilical entre a sexualidade e a identidade<sup>756</sup>, pode-se estabelecer que a proibição ou limitação de atividades sexuais consentidas tem o condão de causar um sofrimento profundo capaz de despertar o sentimento de compaixão. Desse modo, pode-se concluir que a vedação de atos sadomasoquistas configura uma ingerência indevida do Estado, haja vista que, ao não passar no critério da compaixão, representa uma intromissão inadmissível no nível nuclear do direito à sexualidade.

h) Questão mais difícil, no entanto, consiste na análise das situações de vulnerabilidade econômica. Sem dúvidas, o fato de uma pessoa se encontrar em condições de penúria e miséria a ponto de oferecer seus órgãos à venda, por exemplo, é capaz de eliciar a compaixão social, de modo que, à primeira vista a proibição estatal dessa conduta representaria uma intervenção ilegítima.

Para solucionar essa questão é preciso distinguir a causa da compaixão. Na situação da sexualidade, por exemplo, a referida emoção surge no momento em que o indivíduo tem uma atividade vinculada à sua identidade limitada pelo Estado.

---

<sup>755</sup> José de Oliveira Ascensão aponta que, de acordo com o art. 81 do Código Civil português, a limitação adviria da ordem pública. Porém, em tom de crítica, o autor afirma que o que se está em causa não é a ordem pública em si, mas os bons costumes. Entende-se que o posicionamento de Ascensão está adequado, afinal, parece difícil afirmar que a mutilação corporal, por exemplo, tenha o condão de abalar, de alguma forma, a ordem pública, sendo mais sensato apontá-la como violadora dos bons costumes. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 158 e ss.; *Idem*. A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. In: *Revista da EMERJ*, vol. 9, n. 33, 2006, p. 106 e ss.

<sup>756</sup> Neste sentido, cf. OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 133 e ss.

Ou seja, até o surgimento da intervenção estatal, não há qualquer causa capaz de deflagrar o sentimento de compaixão, havendo, no máximo, motivos para eliciar o sentimento de nojo. Deste modo, pode-se afirmar que a atuação interventiva do Estado é a causa da compaixão.

É uma situação diferente, portanto, da dos casos de miserabilidade. Nestes, o sentimento de compaixão já existe antes mesmo da intervenção proibitiva do Estado. Deste modo, pode-se afirmar que a reação estatal se insurge contra a exploração de uma situação deflagradora da compaixão e não contra o exercício de uma atividade inserida no âmbito nuclear de um direito.

Nestas situações, a solução adequada parece residir na remissão à ideia de mínimo existencial<sup>757</sup>. Afinal, e retornando ao exemplo dado acima, embora se reconheça que o dinheiro obtido pela venda de um órgão seja capaz de diminuir o sofrimento do indivíduo, tem-se a noção de que a pessoa não o faria se já não estivesse, anteriormente em estado de extrema pobreza.

Assim, a troca de uma situação péssima por uma situação levemente melhor continuará a eliciar o sentimento de compaixão. Deste modo, a única solução definitiva parece ser garantir o mínimo existencial do indivíduo ao invés de forçá-lo a fazer uma escolha entre o péssimo e o muito ruim.

Essa solução, no entanto, é passível de críticas. Pode-se alegar, por exemplo, que ela representa uma visão paternalista, o que afetaria a autonomia dos indivíduos – critério de validação VIII<sup>758</sup> –, de modo a macular qualquer perspectiva que lance mão dessa solução.

Contra essa objeção, deve-se recorrer à distinção entre paternalismo rígido e moderado<sup>759-760</sup>. No rígido, o Estado decide contra a vontade plena do indivíduo, ao passo que, no moderado, permite-se intervenções somente quando não se pode aferir a autonomia da pessoa no caso concreto<sup>761</sup>. Enquanto a primeira forma encontra fortes objeções ao menos na ala liberal da doutrina, a segunda encontra defensores mesmo entre os liberais mais ferrenhos<sup>762</sup>.

---

<sup>757</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 189 e ss.

<sup>758</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>759</sup> FEINBERG, Joel *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 48.

<sup>760</sup> Cf. item “c” do tópico 1.1.2.

<sup>761</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 115 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>762</sup> Cf. MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 24; SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 64 e ss.

Todavia, há ainda uma certa polêmica em relação à aplicação do paternalismo moderado nos casos de exploração da necessidade humana. Tradicionalmente, esse tipo de paternalismo é associado a crianças e incapazes em geral<sup>763</sup>, de modo que a exploração do estado de necessidade consiste numa situação limítrofe<sup>764</sup>.

Entende-se, porém, que as situações de miserabilidade requerem uma atuação paternalista moderada por parte do Estado. Afinal, nestas situações de desespero, não há como se aferir se a vontade do indivíduo é ou não livre, de modo que não é possível ao Estado definir qual postura deve ser por ele endossada.

Por fim, convém mencionar que, a rigor, é possível até mesmo questionar o caráter paternalista do paternalismo moderado. Neste sentido, pode-se entender essa forma de paternalismo como um efetivo “antipaternalismo moderado”, voltado para limitar, moderadamente, a atuação estatal paternalista<sup>765</sup>.

Dessa forma, o Estado está autorizado a proteger o indivíduo somente em relação a comportamentos externos lesivos e involuntários – ou cuja voluntariedade é insuscetível de verificação<sup>766</sup>.

i) Ante o exposto, é possível concluir pela possibilidade de aplicação normativa da compaixão no âmbito do consentimento. Dessa forma, dá-se um dos últimos passos no sentido da elaboração de uma perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes.

### **3.2.3. Síntese da cláusula dos bons costumes**

a) Definida a normatividade jurídica do nojo e da compaixão, torna-se possível a conjugação de ambas para, assim, se estabelecer o conteúdo jurídico-normativo da dignidade humana e, por conseguinte, da cláusula dos bons costumes.

---

<sup>763</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, p. 24.

<sup>764</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 48.

<sup>765</sup> FEINBERG, Joel *apud* MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 135.

<sup>766</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, p. 135.

b) Dessa forma pode-se decompor a cláusula em um teste constituído por três estágios: i) identificação do sentimento deflagrado em relação à conduta consentida, para verificar se ele se trata do asco; ii) identificação do nojo reconhecido no primeiro estágio, com o fim de averiguar se ele consiste na repugnância moral não relacionada a grupos sociais; e, por fim, iii) identificação da emoção eliciada a partir da consideração de vedação da conduta consentida, para observar se ela não consiste no sentimento de compaixão empática.

A partir deste teste triplo, entende-se que é possível atender às determinações normativas da dignidade humana, seja em sua dimensão objetiva – através do nojo moral não vinculado a grupos demográficos –, seja em sua dimensão subjetiva – por meio da compaixão empática.

Deste modo, pode-se conceituar a cláusula dos bons costumes como *a limitação decorrente do sentimento social de nojo moral não vinculado a questões de minorias sociais e que não consista numa violação grave à personalidade e identidade de um dos envolvidos, verificada através do sentimento social de compaixão empática.*

Numa linguagem não-sentimental, a cláusula consistiria *na limitação decorrente de uma forte aversão social não associada a práticas discriminatórias e que não consista numa violação grave à personalidade e identidade de um dos envolvidos, verificada através do sofrimento profundo percebido.*

Ou, ainda, a cláusula pode ser definida como *a limitação decorrente da dimensão objetiva da dignidade humana e que não consista numa violação grave à personalidade e identidade de um dos envolvidos, verificada através da constatação da violação da dimensão subjetiva da dignidade.*

### 3.2.3.1. Submissão aos critérios de validação

a) Estabelecida a síntese da cláusula dos bons costumes, cumpre submetê-la aos critérios de validação elencados anteriormente<sup>767</sup>, de modo a averiguar se o teste e o conteúdo propostos se mostram capazes de superar as críticas feitas às outras perspectivas sobre a cláusula.

---

<sup>767</sup> Cf. item “a” do tópico 2.2.

b) O critério de validação I<sup>768</sup> diz respeito ao argumento pluralista. Entende-se que a perspectiva proposta atende a esse critério, haja vista que, embora possa haver uma imposição de uma maioria sobre uma minoria – o que é inerente a qualquer sistema democrático –, esta não parece impedir a inserção e o convívio social dos grupos minoritários em virtude do estabelecimento de critérios voltados para a proteção de práticas que, de alguma forma, estejam relacionados com a identidade desses grupos<sup>769</sup> e das pessoas em geral<sup>770</sup>.

O critério de validação II<sup>771</sup>, em seu turno, deriva do argumento da arbitrariedade. Igualmente, entende-se que tal critério foi satisfeito, posto que se desenvolveu um teste de aplicação da cláusula dos bons costumes subdividido em três diferentes estágios<sup>772</sup> e que deve estar pautado em um exame interdisciplinar, dialogando com campos do saber, como a psicologia, a neurociência, a filosofia e a literatura, e conferindo um grau de objetividade às decisões<sup>773</sup>.

Por sua vez, o critério de validação III<sup>774</sup> elenca requisitos necessários para caso a nova perspectiva se funde numa ordem objetiva de valores. Entende-se, todavia, que a perspectiva ora proposta corresponde a um conjunto de valores variáveis no espaço e no tempo, de modo a não configurar, ao menos não completamente, uma ordem objetiva. De toda maneira, é possível afirmar que, de acordo com a perspectiva proposta, o modo de acesso aos valores advém do diálogo interdisciplinar<sup>775</sup> e a capacidade de acesso a esses valores é conferida às instituições democraticamente legitimadas<sup>776</sup>.

Por outro lado, o critério de validação IV<sup>777</sup> estabelece a necessidade de demonstração do ganho social advindo da referência a uma ordem subjetiva de valores. Entende-se que esse ganho foi evidenciado ao se relacionar a aceitação de práticas violadoras da dignidade humana

---

<sup>768</sup> “I. Uma teoria que pretenda superar as falhas das perspectivas anteriores deve primeiramente atentar ao argumento pluralista. Deste modo, não se pode permitir que uma maioria imponha uma restrição da autonomia a ponto de impedir a inserção e o convívio social de minorias.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>769</sup> Cf., sobretudo, item “l” do tópico 3.2.1.2.

<sup>770</sup> Cf., sobretudo, item “f” do tópico 3.2.2.2.

<sup>771</sup> II. “De igual maneira, o argumento da arbitrariedade deve ser observado. Assim sendo, é preciso estabelecer critérios objetivos capazes de reduzir significativamente a margem de interpretação e valoração do conceito de bons costumes por parte do julgador.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>772</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.2.3.

<sup>773</sup> Cf., sobretudo, item “d” do tópico 3.1.1.

<sup>774</sup> “III. Ainda, caso se estabeleça uma teoria que faça menção a uma ordem objetiva de valores, é imperioso que ela contenha as respostas para as questões sobre o como se ter acesso a essa ordem objetiva e sobre quem detém a capacidade de ter esse acesso.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>775</sup> Cf., sobretudo, item “d” do tópico 3.1.1.

<sup>776</sup> Cf., sobretudo, item “a” do tópico 2.1.1.

<sup>777</sup> “IV. Similarmente, se a nova perspectiva fizer referência a uma ordem subjetiva de valores, será forçoso que se demonstre o ganho social advindo da imposição dessa ordem subjetiva sobre aqueles que não a respeitam.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

com a identidade dos membros da sociedade<sup>778</sup>. Deste modo, a vedação destas práticas se mostra capaz de proteger a identidade dos indivíduos que compõem a sociedade.

Já o critério de validação V<sup>779</sup> diz respeito à preservação do paradigma atual da relação entre o Estado e os indivíduos, garantindo que aquele sirva estes e não o contrário. Entende-se, também, que esse critério se mostra satisfeito, pois o ganho social decorrente da limitação da esfera individual proposta pela perspectiva aqui desenvolvida está associado à proteção de interesses sociais individualizáveis – a saber, a identidade dos componentes da sociedade – e não a uma visão instrumentalista em que os indivíduos figuram como meros recursos voltados para a manutenção da sociedade<sup>780</sup>. Deste modo, a função do Estado continua a ser servir e preservar os interesses individuais, apenas havendo uma expansão no sentido de reconhecer o valor da identidade dos demais membros da coletividade.

Quanto ao critério de validação VI<sup>781</sup>, pode-se afirmar que ele estabelece uma determinação de equilíbrio entre uma postura autoparalisante e uma postura apologética em relação aos demais atores sociais. A perspectiva ora proposta parece satisfazer essa exigência, ao conferir meios de proteção a práticas como o sadomasoquismo e a homossexualidade de eventuais ímpetus punitivos<sup>782</sup>, ao mesmo tempo em que se abre para o diálogo com as emoções sociais, afastando-se do racionalismo exacerbado e acolhendo uma postura extrarracionalista<sup>783</sup>.

Por sua vez, o critério de validação VII<sup>784</sup> determina o estabelecimento da distinção entre a esfera jurídica e a esfera moral. Essa determinação parece ter sido atingida através do recurso à dignidade humana como porta de entrada ou instrumento de filtragem dos valores morais básicos no Direito<sup>785</sup>.

---

<sup>778</sup> Cf., sobretudo, item “c” do tópico 3.1.

<sup>779</sup> “V. No mesmo sentido, faz-se necessário preservar o paradigma atual da relação entre o Estado e o indivíduo. Destarte, é preciso demonstrar de que forma a restrição da autonomia individual se compatibiliza com a noção de que cabe ao Estado servir aos indivíduos, e não estes àquele.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>780</sup> Cf., sobretudo, item “c” do tópico 3.1.

<sup>781</sup> “VI. Deve-se, também, desenvolver uma perspectiva que se mostre capaz de dialogar com os demais atores sociais, mostrando-se apta a fornecer elementos críticos sem, contudo, reduzir-se a uma postura autoparalisante.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>782</sup> Cf., sobretudo, item “I” do tópico 3.2.1.2. e item “f” do tópico 3.2.2.2.

<sup>783</sup> Cf., sobretudo, item “e” do tópico 2.1.1.

<sup>784</sup> “VII. Uma perspectiva que se pretenda adequada deve, de igual maneira, estabelecer uma distinção entre o Direito e a moral. Ou seja, ainda que haja uma interseção parcial entre ambas as esferas, é preciso que se demonstre os limites de cada uma.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>785</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.1.



Em seu turno, extrai-se do critério de validação VIII<sup>786</sup> um comando de afastamento de posturas paternalistas que limitem a autonomia do indivíduo em nome de seu próprio bem. Neste sentido, a remissão ao ganho social advindo da proteção da identidade dos membros da sociedade demonstra o caráter não-paternalista da perspectiva proposta<sup>787</sup>. Ademais, nos casos excepcionais em que a perspectiva elaborada parece acolher uma postura classificável como paternalista, ela o faz através do paternalismo moderado – que é acolhido até mesmo por liberais – e em virtude da impossibilidade de se determinar a vontade da pessoa no momento<sup>788</sup>. Assim, a proteção paternalista defendida pela perspectiva proposta não representa uma proteção do indivíduo contra si mesmo, mas contra a exploração de terceiros.

O critério de validação IX<sup>789</sup> traz consigo uma preocupação com a utilidade dogmática da cláusula dos bons costumes. Entende-se que a perspectiva proposta satisfaz tal critério, ao defini-la como o elemento de inserção da normatividade da dignidade humana no âmbito do consentimento<sup>790</sup>.

Por outro lado, o critério de validação X<sup>791</sup> carrega a preocupação com a utilidade dogmática dos outros institutos relacionados com a cláusula dos bons costumes. Considera-se que este critério também foi atendido, haja vista que o teste tripartite desenvolvido pela perspectiva proposta mantém uma margem considerável de possibilidades de consentimento, por exemplo<sup>792</sup>.

Por sua vez, o critério de validação XI<sup>793</sup> diz respeito à exigência de uma unidade teórica que fundamente a perspectiva proposta, de modo a não recair em soluções casuísticas que não guardem relação entre si. Entende-se que tal objetivo foi alcançado, posto que o teste tripartite

---

<sup>786</sup> “VIII. Igualmente, uma teoria que busque preencher satisfatoriamente o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes não pode se basear na proteção paternalista do interesse individual contra a ação do próprio indivíduo, devendo extrair sua fundamentação da proteção do interesse social.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>787</sup> Cf., sobretudo, item “c” do tópico 3.1.

<sup>788</sup> Cf., sobretudo, item “h” do tópico 3.2.2.2.

<sup>789</sup> “IX. A nível dogmático, a elaboração de uma nova teoria deve conferir à cláusula dos bons costumes um conteúdo que lhe garanta uma função específica, de modo que ela não se resuma a uma mera ratificação de outros institutos ou de outros momentos de análise.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>790</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.1.

<sup>791</sup> “X. Por outro lado, não se pode permitir que a cláusula dos bons costumes esvazie significativamente outros institutos jurídico-dogmáticos, como o consentimento.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>792</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.2.3.

<sup>793</sup> “XI. Outro elemento relevante para a validação de uma futura perspectiva consiste na elaboração de uma teoria capaz de conferir um caráter geral à cláusula dos bons costumes. Poder-se-á, assim, criar uma resposta sistemática que não resvale na análise meramente casuística, e sem qualquer unidade teórica, em relação a cada tipo penal específico.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

estabelecido consiste num critério prévio de aplicação, e não em propostas de solução dos problemas através de argumentos utilizados arbitrariamente<sup>794</sup>.

Por fim, o critério de validação XII<sup>795</sup> determina o estabelecimento de uma proposta que seja capaz de promover um diálogo universal com os diferentes ordenamentos, ao invés de se fechar em um só. A partir do teste proposto, e considerando a sua associação com a dignidade humana – praticamente universalizada –, entende-se que esta meta foi devidamente atingida<sup>796</sup>, de modo que a perspectiva sugerida se mostra inserível nos vários ordenamentos que preveem a cláusula dos bons costumes.

c) Feita a devida análise da perspectiva proposta à luz dos critérios de validação previamente estabelecidos, é possível concluir, portanto, que ela se mostra capaz de superar as falhas apontadas em relação às demais perspectivas sobre a cláusula dos bons costumes.

### 3.3. BREVE INCURSÃO NAS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO PRÁTICA

a) Após a superação dos critérios de validação, cumpre, por fim, promover a aplicação prática do teste tripartite em casos paradigmáticos, com o intuito de demonstrar, para além do campo teórico, o potencial pragmático da perspectiva humanista-sentimental desenvolvida.

No entanto, cumpre ressaltar que essa exposição não pretende investigar exaustivamente as aplicações práticas, comparando-as, por exemplo, com as soluções fornecidas por outras perspectivas. Afinal, entende-se que uma exploração nesse sentido requereria um trabalho autônomo dedicado a cada uma das aplicações que serão demonstradas, de modo a não caber nos propósitos desta dissertação.

Pelos mesmos motivos, tampouco se fará um estudo aprofundado em relação ao diálogo interdisciplinar. Dessa forma, far-se-á apenas uma breve incursão nas possibilidades de aplicações práticas, buscando apenas delinear os caminhos que, à primeira vista, devem ser seguidos em cada um dos casos.

---

<sup>794</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.2.3.

<sup>795</sup> “XII. Em igual direção, é preciso desenvolver uma perspectiva que se proponha universalmente aplicável aos diferentes ordenamentos jurídicos. Evita-se, desta forma, a proposição de um modelo explicativo que só possa ser empregado em um único país e possibilita-se a construção de uma ciência penal útil independente de fronteiras nacionais.” Cf. item “a” do tópico 2.2.

<sup>796</sup> Cf., sobretudo, item “b” do tópico 3.2.3.

### **3.3.1. Corrupção de substâncias alimentares**

a) Trata-se de crime previsto no art. 282º do Código Penal português e no art. 272 do Código brasileiro. Os referidos diplomas legislativos preveem diversas modalidades para esse crime, sendo certo que nem todas admitem, por sua estrutura, o consentimento.

Porém, em modalidades como a entrega a consumo, pode-se visualizar, ao menos teoricamente, a possibilidade de o ofendido consentir em relação à conduta. Nestes casos, é cabível a discussão a respeito da incidência da limitação decorrente da cláusula dos bons costumes.

Numa aplicação do teste tripartite desenvolvido acima<sup>797</sup>, pode-se perceber que há, sim, um sentimento de nojo em relação à conduta, haja vista que ela ensejará a ingestão de alimentos impróprios para o consumo. No entanto, ao menos à primeira vista, tal emoção parece estar vinculada ao nojo físico. Dessa forma, pode-se concluir pela ausência de violação da cláusula dos bons costumes no consentimento referente à entrega a consumo de alimentos corrompidos.

### **3.3.2. Sadomasoquismo**

a) O sadomasoquismo é uma prática sexual que envolve lesões à integridade física, de modo que ele pode, a depender da gravidade da lesão, ser enquadrada nos tipos de lesão corporal, previstos no art. 129 e parágrafos do Código brasileiro, ou, no caso lusitano, nos tipos de ofensa à integridade física simples ou grave, previstos, respectivamente, nos arts. 143º e 144º do Código português.

É possível, nestes casos, que o sentimento deflagrado em relação à conduta seja, de fato, o nojo em seu aspecto moral, por associar a prática da sexualidade a uma violência extrema. Por outro lado, não parece haver uma exclusão de grupos sociais específicos, pois, no campo da sexualidade, estes são associados à orientação sexual e não a meras fantasias ou fetiches. Contudo, a sexualidade guarda um forte vínculo com a identidade, de modo que sua limitação eliciaria o sentimento de compaixão. Assim, conclui-se que a prática de atos sadomasoquistas, desde que consentidos, não ofendem a cláusula dos bons costumes.

---

<sup>797</sup> Cf. item “b” do tópico 3.2.3.

### 3.3.3. Extração e intervenções em partes do corpo humano

a) A questão da extração de partes do corpo humano parece, num primeiro olhar, está reduzida ao debate sobre a comercialização de órgãos e tecidos para fins de transplante. Contudo, entende-se que ela se mostra mais ampla do que essa abordagem.

Primeiramente, cumpre identificar as condutas envolvendo o tema. É possível haver a extração para diferentes finalidades. Neste contexto, é possível dividir as motivações mais usuais em quatro grupos: os fins altruístas, os comerciais, os estéticos, e os de saúde. Ademais, a partir do critério da lesividade da intervenção, é possível traçar, também, uma distinção entre intervenções leve e graves.

Conjugando os dois critérios, tem-se, então oito conjuntos de intervenções: i) as intervenções altruístas leves, como a doação de sangue; ii) as intervenções altruístas graves, como a doação de órgãos; iii) as intervenções comerciais leves, como a venda de cabelo ou de sangue; iv) as intervenções comerciais graves, como a venda de órgãos; v) as intervenções estéticas leves, como o corte de cabelo; vi) as intervenções estéticas graves, como cirurgias plásticas; vii) as intervenções de saúde leve, como a retirada cirúrgica de um sinal ou a extração de um siso; viii) as intervenções de saúde graves, como cirurgias cardíacas; ix) as intervenções de mera vontade leve, como a mudança de um corte de cabelo por curiosidade ao invés de busca de embelezamento.

À primeira vista, poder-se-ia utilizar o critério objetivista da lesividade para se identificar as violações à cláusula dos bons costumes<sup>798</sup>, porém, e, de certa forma, corroborando com os problemas já devidamente apontados, haveria uma certa dificuldade de se diferenciar tratamentos distintos como a indiferença em relação à venda de cabelos e o repúdio à venda de sangue, por exemplo. Por isso, aplicar-se-á o teste tripartite para se averiguar se os resultados aparentam ser satisfatórios.

b) Nos casos das intervenções altruístas, tanto leves como graves, parece não existir, de início, um sentimento de nojo, embora esse aparente ir surgindo à medida que a gravidade da intervenção aumente. Assim, a retirada de um braço para doar a alguém que não o tenha parece uma hipótese capaz de deflagrar um sentimento de asco.

---

<sup>798</sup> Cf. tópico 1.2.1.2.

No entanto, mesmo nesses casos, não parece haver um nojo moral relativo à conduta, mas meramente uma repugnância física. Deste modo, as intervenções altruístas, leves ou graves – desde que ressalvado o limite do risco de morte –, não parecem violar a cláusula dos bons costumes.

c) As intervenções comerciais, por sua vez, já parecem apontar para um sentimento de nojo moral, ante à instrumentalização financeira do corpo humano. Por outro lado, a vedação desse tipo de intervenção não parece deflagrar situações de compaixão,

Parece haver, no entanto, uma exceção. A venda de cabelos humanos, talvez por já ser uma prática corriqueira – ao menos na sociedade brasileira –, parece eliciar no máximo o asco em sua dimensão física, de modo a não se inserir nos critérios do teste tripartite. Dessa forma, a cláusula dos bons costumes não parece ser transgredida pelo comércio de cabelo humano, o que explica, inclusive, o motivo pelo qual não há um combate social a essa prática, ainda que ela viole uma determinação constitucional expressa, prevista no art. 199, § 4º da Constituição brasileira.

Não há falar, por outro lado, que a causa dessa ausência de repúdio é a mera ausência de lesividade da venda de cabelos. Afinal, outras intervenções também classificáveis como leves – a venda de sangue, por exemplo – não goza, ao menos no Brasil, do mesmo nível de aceitação social, justamente por causar um sentimento de repugnância moral na população.

d) Por sua vez, entende-se que as intervenções estéticas e de saúde, sejam graves ou leves, devem compartilhar entre si o mesmo tratamento. Afinal, ainda que surjam situações que possam vir a eliciar o nojo moral, percebe-se desde logo uma estreita relação entre a identidade da pessoa e a estética ou saúde. Assim, a intromissão estatal nessa liberdade despontaria como um fator deflagrador do sentimento de compaixão, de modo que tais condutas seriam compatíveis com a cláusula dos bons costumes.

Contudo, pode-se levantar algumas exceções no que tange a mutilações corporais graves voltadas à estética. Neste sentido, cabe reconhecer a existência de pessoas que não se enxergam como humanas e buscam, através de intervenções corporais, conciliar a realidade com a visão que tem de si.

O debate sobre esses indivíduos requer um maior aprofundamento, devendo-se estabelecer, antes, diversas premissas, como a definição acerca da patologização desse comportamento, por exemplo, ou, também a existência do sentimento de compaixão empática por alguém que não se vê e não quer ser humano. Por esse motivo, entende-se, aqui, pela necessidade de um trabalho exclusivamente dedicado a tal tema.

#### **3.3.4. Transmissão de doenças venéreas**

a) A transmissão de doenças sexualmente transmissíveis está prevista no tipo de perigo de contágio de venéreo art. 130 do Código Penal brasileiro. Neste contexto, há ocasiões em que se tem consciência de que o parceiro é portador de alguma doença sexualmente transmissível e, ainda assim, o ofendido consente com a relação sexual.

Neste caso, parece haver um sentimento de nojo que, por vezes, pode ir além do mero nojo físico, tendo em vista a associação promovida socialmente entre atos sexuais e imoralidades, sobretudo quando se tratam de atos que trazem resultados negativos, como uma enfermidade. Contudo, assim como no caso do sadomasoquismo, trata-se de um campo profundamente relacionado à identidade, de modo que a intervenção proibitiva por parte do Estado representaria uma situação capaz de deflagrar o sentimento de compaixão. Não viola, portanto, a cláusula dos bons costumes.

#### **3.3.5. Dano**

a) Por fim, cumpre tratar da possibilidade de limitação do consentimento em relação ao crime de dano. Nestes casos, o sentimento de nojo moral parece surgir quando se trata de uma manipulação de mercado intensa o suficiente a ponto de causar grave sofrimento social, como fome e miséria. Todavia, é preciso que se estabeleça uma distinção adequada entre o sentimento de repugnância e o de desprezo<sup>799</sup>, posto que a prática ora descrita parece estar situada no limiar entre a ordem social e a ordem natural. Tal tarefa, contudo, não cabe na presente investigação, abrindo-se espaço para futuras pesquisas nessa direção.

---

<sup>799</sup> Sobre a relação entre o nojo e o desprezo, bem como as dificuldades de distinção, cf. PRINZ, Jesse J. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 73 e ss.

De toda forma, é possível delinear algumas considerações. Primeiramente, não se visualiza o surgimento de um sentimento de compaixão em relação a qualquer dos envolvidos no ato, com a exceção dos casos em que o agente se encontra em uma posição hierarquicamente subalterna ao consenciente<sup>800</sup>. Dessa forma, configurada a existência do nojo moral, parece clara a conclusão de que a conduta consentida viola os bons costumes.

Ademais, embora haja uma situação limítrofe entre as ordens social e natural, é possível vislumbrar hipóteses em que a distinção se parece mais clara. Por um lado, pode-se excluir do âmbito da cláusula dos bons costumes a destruição de obras de arte particulares que tenham inegável valor histórico<sup>801</sup>. Afinal, dificilmente se pode alegar a violação da ordem natural nesses casos – mas somente a ordem social –, o que aponta na direção da existência do sentimento de desprezo, e não do nojo. No entanto, isso não significa que a destruição das obras de arte históricas seja impunível. Neste sentido, é possível que elas sejam entendidas como patrimônio da coletividade, de modo a retirar dos particulares o poder de consentimento relativo à destruição delas.

Por outro lado, ao menos no plano hipotético, também se pode visualizar situações em que o consentimento viola de forma clara a ordem natural. Por exemplo, pode-se citar a destruição de um grande latifúndio em um pequeno país que depende exclusivamente dele, de modo a causar grande fome e miséria<sup>802</sup> a ponto de ser equiparável a um genocídio. Nestes casos, a violação da ordem natural parece evidente, podendo-se afirmar que tal conduta não é tolerada pela cláusula dos bons costumes.

b) Após as observações da aplicabilidade do teste tripartite elaborado a partir da perspectiva humanista-sentimental da cláusula dos bons costumes, pode-se concluir que ela se mostra viável, muito embora ainda sejam obviamente necessárias mais investigações no sentido do aprofundamento da distinção entre o nojo ou a compaixão e outros sentimentos, bem como das características de cada conduta a ser analisada por essa perspectiva. De todo modo, a partir do conjunto do que foi exposto, pode-se afirmar que se trata de uma perspectiva capaz de alcançar o potencial pragmático do estudo das emoções no Direito.

---

<sup>800</sup> MIRANDA, Marine Carrière de. *Reflexos da Vitimodogmática no Consentimento em Direito Penal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016, p. 74.

<sup>801</sup> Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 559.

<sup>802</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 559.

## CONCLUSÕES

a) Ao se considerar os objetivos específicos trazidos na Introdução desse trabalho, percebe-se que todos eles foram devidamente atendidos. Afinal, estabeleceu-se que: i) a cláusula dos bons costumes possui uma relação específica com a dignidade humana, sendo o elemento de inserção dela no âmbito do consentimento, de modo que o conteúdo de uma é igual ao conteúdo da outra; ii) o conteúdo da dignidade humana é composto pela normatividade do sentimento de nojo moral não associado a grupos sociais – referente à sua dimensão objetiva – e da compaixão empática – relacionada com a dimensão subjetiva –; iii) por conseguinte, o conteúdo da cláusula dos bons costumes é o resultado da interação normativa entre os dois sentimentos citados.

Pode-se afirmar, assim, que a hipótese deste trabalho, também aduzida na Introdução, se mostrou confirmada, havendo apenas leves alterações no sentido da especificação das versões do nojo, que se tornou a repugnância moral não relacionada a grupos sociais, e da compaixão, que se tornou a compaixão empática.

b) De forma mais detalhada, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- I. Percebeu-se que as perspectivas atuais que tentam definir o conteúdo normativo da cláusula dos bons costumes não superam todas as objeções feitas a elas, de modo que se pode concluir que elas não são satisfatórias.
- II. Elaborou-se, a partir dessas objeções, critérios de validação aos quais qualquer nova perspectiva que venha a ser elaborada deve atender.
- III. Notou-se que o racionalismo, sobretudo no tema dos valores morais da sociedade, se encontra limitado a um dilema entre a autoilusão e a autoparalisação, de modo que é preciso recorrer a modelos extrarracionalistas para superar tais impasses, evitando-se, contudo, o irracionalismo.
- IV. Constatou-se que o sentimentalismo moral se apresenta como o modelo extrarracionalista mais adequado para abordar as questões que envolvem os valores morais da sociedade.
- V. Verificou-se que a transposição do sentimentalismo moral para o jurídico ocorre através da dignidade humana, que funciona como filtro para a inserção dos valores morais no Direito, de modo que todo modelo sentimentalista jurídico deve ser, também, humanista.



- VI. Definiu-se que a cláusula dos bons costumes consiste no instrumento dogmático de inserção dos valores relacionados à dignidade humana no âmbito do consentimento, de modo a haver uma completa identificação entre o conteúdo de ambas.
- VII. Identificou-se, através da aplicação do método sentimentalista, que a normatividade do nojo moral não associado a grupos sociais, sobretudo os minoritários, representa o conteúdo normativo-emocional da dignidade humana em sua dimensão objetiva, que foca na proteção da identidade dos membros da sociedade; ao passo que a normatividade da compaixão empática representa o conteúdo normativo-emocional da dignidade humana em sua dimensão subjetiva, que foca na proteção da liberdade do indivíduo frente à sociedade.
- VIII. Deduziu-se, portanto, que o conteúdo jurídico da cláusula dos bons costumes advém da interação entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva da dignidade humana, ou seja, da interação normativa entre o nojo moral não relacionado a grupos sociais e a compaixão empática.
- IX. Desenvolveu-se um teste tripartite que se mostrou capaz de identificar a violação da cláusula dos bons costumes: i) a identificação do sentimento de nojo em relação à conduta consentida; ii) a observação da natureza moral e não relacionada a grupos sociais desse nojo; e iii) a averiguação do não surgimento do sentimento de compaixão decorrente da limitação estatal da conduta.
- X. Estabeleceu-se, por fim, o conceito da cláusula dos bons costumes como *a limitação decorrente do sentimento social de nojo moral não vinculado a questões de minorias sociais e que não consista numa violação grave à personalidade e identidade de um dos envolvidos, verificada através do sentimento social de compaixão empática.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Kathryn. Seeking Emotional Ends with Legal Means. In: *California Law Review*, vol. 103, 2015, p. 1657-1678.

\_\_\_\_\_; KEREN, Hila. Who's afraid of Law and the Emotions? In: *Minnesota. Law Review*, vol. 94, n. 6, 2010, p. 1997-2074.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-153.

AMARANTE, Rodrigo. O velho e o moço. In: LOS HERMANOS. *Ventura*. BMG, 2003, faixa 08.

ANDRADE, Manuel da Costa. Art. 149º (Consentimento). In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial – Tomo I – Artigos 131º a 201º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 420-456.

\_\_\_\_\_. *Consentimento e acordo em Direito Penal: (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANISKIEWICZ, Albert S. Autonomic components of vicarious conditioning and psychopathy. In: *Journal of Clinical Psychology*, vol. 35, n. 1, 1979, p. 60-67.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. 15. ed. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 2000.

AQUINO, Tomás de. *As paixões da alma: quaestiones disputatae de veritate: questão 26*. São Paulo: Edipro, 2015.

ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. In: *Revista da EMERJ*, vol. 9, n. 33, 2006, p. 93-116.

\_\_\_\_\_. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade. In: *Revista Mestrado em Direito*, ano 6, n. 1, 2006, p. 145-168.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. Nova York: Oxford University Press.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

BELZUNG, Catherine. *Biologia das emoções*. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale: Parte Generale*. 10. ed. Milão: CEDAM, 1978.

BLAIR, Robert James Richard. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, vol. 57, 1995, p. 1-29.

\_\_\_\_\_. Moral reasoning and the child with psychopathic tendencies. In: *Personality and Individual Differences*, vol. 22, n. 5, 1997, p. 731-739.

\_\_\_\_\_. *et al.* Emotion Attributions in the Psychopath. In: *Personality and Individual Differences*, vol. 19, n. 4, 1995, p. 431-437.

BRANDT, Karsten *et al.* Tercera Sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 423-430.

BUONICORE, Giovana Palmiere. *Tráfico de Órgãos Humanos: Análise Jurídico-Penal e (Bio)Ética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASEBEER, William D. Moral cognition and its neural constituents. In: *Nature*, vol. 4, 2003, p. 841-846.

CASSELL, Eric J. Compassion. In: LOPEZ, Shane J.; SNYDER, C.R. Snyder. *Handbook of Positive Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 434-445.

CHUECA, Ricardo. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. In: CHUECA, Ricardo (Dir.). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, p. 25-52.

COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. In: *Revista da ESMEC*, v. 15, n. 21, 2008, p. 107-120.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal: II*. Reimp. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNNINGHAM, Andrew S. The strength of Hume's 'weak' sympathy. In: *Hume Studies*, vol. 30, n. 2, 2004, p. 237-256.

CURTIS, Valerie; BIRAN, Adam. Dirt, Disgust, and Disease. In: *Perspectives in biology and medicine*, vol. 44, n. 1, 2001, p. 17-31.

DAMÁSIO, António. Neuroscience and ethics: Intersections. In: *The American Journal of Bioethics*, vol. 7, n. 1, 2007, p. 3-7.

\_\_\_\_\_. *O Erro de Descartes: Emoção, razão e cérebro humano*. Lisboa: Temas & Debates – Círculo de Leitores, 2011.

DAMÁSIO, Hannah *et al.* The return of Phineas Gage: clues about the brain from the skull of a famous patient. In: *Science*, vol. 264, 1994, p. 1102-1105.

DARWIN, Charles. *The descent of man, and selection in relation to sex*, vol. I. Nova York: D. Appleton and Company, 1871.

\_\_\_\_\_. *The expression of the emotions in man and animals*. Londres: John Murray, 1872.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres: Oxford University Press, 1965.

DIAS, Augusto Silva. *Faz sentido punir o ritual do fanado?* Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. [online]. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisao-clitoridiana.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2017.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento e coisificação nas sociedades contemporâneas. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: 2009, p. 113-131.

\_\_\_\_\_. « What if everybody did it? »: Sobre a « (in)capacidade de ressonância » do Direito Penal à figura da acumulação. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1, 2003, p. 303-345.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

EKMAN, Paul. An argument for basic emotions. In: *Cognition and Emotion*, vol. 6, n. 3-4, 1992, p. 169-200.

ENGINEER, Ashgar Ali. The concept of compassion in Islam. In: *Global Religious Vision*, vol. 2, n. I-II, 2001, p. 12-21.

FERREIRA, Adelino; RUFFO, Ísis Esteves. Análise da defesa de Jesse Prinz ao internalismo moral. In: *Revista de Estudos Filosóficos*, n. 15, 2015, p. 32-47.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*: Parte Geral. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética*: Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. In: BACHELARD, Suzanne *et al* (Orgs.). *Hommage à Jean Hyppolite*. Paris: PUF, 1971, p. 145-172.

FOWLES, Don C. The three arousal model: implications of Gray's two-factor learning theory for heart rate, electrodermal activity, and psychopathy. In: *Psychophysiology*, vol. 17, n. 2, 1980, p. 87-104.

FRANÇA, José Marcos de. Os implícitos no ensino da leitura: pressupostos e subentendidos. In: *Interdisciplinar: Revista de Estudos em Língua e Literatura*, ano VII, vol. 16, 2012, p. 61-75.

GALLESE, Vittorio. Mirror Neurons, Embodied Simulation, and the Neural Basis of Social Identification. In: *Psychoanalytic Dialogues*, vol. 19, 2009, p. 519-536.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea. In: *Revista Penal*, n. 11, 2003, p. 15-30.

GÉRAUD-LLORCA, Edith. L'introduction des bonnes mœurs dans le Code Civil. In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes mœurs*. Paris: PUF, 1994, p. 61-79.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 11-22.

GOETZ, Jennifer L.; KELTNER, Dacher; SIMON-THOMAS, Emiliana. Compassion: An Evolutionary Analysis and Empirical Review. In: *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 3, 2010, p. 351-374.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GRAY, Nicola S. *et al.* Violence viewed by psychopathic murderers: Adapting a revealing test may expose those psychopaths who are most likely to kill. In: *Nature*, vol. 423, 2003, p. 497-498.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: DIAS, Augusto Silva *et al* (Orgs). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário*: Estudos de Direito e Filosofia. Coimbra: 2009, p. 885-903.

\_\_\_\_\_. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 2, n. 7/8, 2012, p. 349-373.

\_\_\_\_\_. Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. In: *En Letra: Derecho Penal*, ano 1, n. 2, 2016, p. 1-5.

\_\_\_\_\_. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-74.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. In: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 75-119.

\_\_\_\_\_. Sobre a legitimidade da punição do autodoping nos esportes profissionais. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48-85.

\_\_\_\_\_. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 82, 2010, p. 165-185.

GREENE, Joshua D. The Secret Joke of Kant’s Soul. In: SINNOT-ARMSTRONG, Walter (Ed.). *Moral Psychology*, Vol. 3: The Neuroscience of Morality: Emotion, Disease, and Development. Cambridge: MIT Press, 2007, p. 35-79.

\_\_\_\_\_. *et al.* An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. In: *Science*, vol. 293, 2001, p. 2105-2108.

GREENE, Joshua D.; HAIDT, Jonathan. How (and where) does moral judgment work? In: *TRENDS in Cognitive Sciences*, vol. 6, n. 12, 2002, p. 517-523.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUTSELL, Jennifer; INZLICHT, Michael. Empathy constrained: Prejudice predicts reduced mental simulation of actions during observation of outgroups. In: *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 46, n. 3, 2010, p. 841-845.

HAIDT, Jonathan *et al.* Body, psyche, and culture: The relationship between disgust and morality. In: *Psychology and Developing Societies*, vol. 9, n. 1, 1997, p. 107-131.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail. In: *Psychological Review*, vol. 108, n. 4, 2001, p. 814-834.

\_\_\_\_\_. The moral emotions. In: DAVIDSON, Richard J.; SCHERER, Klaus R.; GOLDSMITH, H. Hill (Eds.). *Handbook of affective sciences*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 852-870.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HARCOURT, Bernard E. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: Acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (uma polémica y um manifesto para el siglo XXI). In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 90, vol. XXXI, 2010, p. 17-53.

HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. In: *Revista penal*, n. 11, 2003, p. 31-40.

\_\_\_\_\_. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra seguido de A segurança pública no Estado de Direito*. Lisboa: AAFDL, 1995, p. 11-82.

\_\_\_\_\_. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 91-100.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 173-190.

\_\_\_\_\_. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, n. 87, 2010, p. 103-120.

HELENO, José Manuel. *Identidade pessoal*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

HIRSCH, Andrew von. Direct paternalism: criminalizing self-injurious conduct. In: *Criminal Justice Ethics*, n. 27, vol. 1, 2008, p. 25-33.

HOFFMAN, Martin L. Is Altruism Part of Human Nature? In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 40, n. 1, 1980, 121-137.

HOGGETT, Paul; THOMPSON, Simon. Toward a Democracy of Emotions. In: *Constellations*, vol. 9, n. 1, 2002, p. 106-123.

HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. In: *Criminal Law and Philosophy*, vol. 6, 2012, p. 307-325.

\_\_\_\_\_. La protección de sentimientos en el StGB. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 375-390.

\_\_\_\_\_. 'Right of Others' in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, Andrew P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Eds.). *Liberal Criminal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 169-185.

HUANG, Peter H.; ANDERSON, Christopher J. A Psychology of Emotional Legal Decision: Revulsion and Saving Face in Legal Theory and Practice. In: *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1045-1071.

HUME, David. *An enquiry concerning the principles of morals*. Londres: A. Millar, 1751.

\_\_\_\_\_. *A treatise of human nature*. Oxford: Clarendon Press, 1888.

HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Volume VIII - Arts. 197 a 249*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

IACOBONI, Marco. Imitation, Empathy, and Mirror Neurons. In: *Annual Review of Psychology*, vol. 60, 2009, p. 653-670.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

KAHAN, Dan M. The progressive appropriation of disgust. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 63-79.

KANT, Immanuel. *Groundwork for the Metaphysics of Morals*. New Haven: Yale University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

KASS, Leon. Preventing a brave new world. In: HANKS, Craig (Ed.). *Technology and values: Essential readings*. Chichester: Blackwell Publishing, 2010, p. 311-322.

\_\_\_\_\_. The wisdom of repugnance. In: *New Republic*, vol. 216, n. 22, 1997, p. 17-26.

KAUPPINEN, Antti. Empathy, Emotion Regulation, and Moral Judgment. In: MAIBOM, Heidi Lene (Ed.). *Empathy and Morality*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 97-121.

KOLNAI, Aurel. *Asco, soberba, odio: Fenomenología de los sentimientos hostiles*. Madri: Encuentro, 2013.

LAZARUS, Richard S. *Emotion and Adaptation*. Nova York: Oxford University Press, 1991.

LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 439-447.

LOCHAK, Danièle. Le Droit à l'Épreuve des Bonnes Mœurs. In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes mœurs*. Paris: PUF, 1994, p. 15-53.

LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. 27. ed. Londres: T. Tegg and Son, 1836.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Libertad, culpabilidad y neurociencias. In: *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n. 3, 2016, p. 57-86.



MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*: Parte Generale. 4. ed. Milão: CEDAM, 2001.

MARONEY, Terry A. Law and Emotion. In: *Law and Human Behavior*, vol. 30, 2006, p. 119-142.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_.; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 119-143.

MAYER, Danièle. Le Droit Pénal promoteur de la liberté des mœurs? In: C.U.R.A.P.P. *Les bonnes mœurs*. Paris: PUF, 1994, p. 55-60.

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideu: Editorial B de F, 2007.

MCCRUIDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. In: *The European Journal of International Law*, vol. 19 n. 4, 2008, p. 655-724.

MEILAENDER, Gilbert. Human Dignity: Exploring and Explicating the Council's Vision. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics*: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics. Washington, The President's Council on Bioethics, 2008, p. 253-277.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de Estudio Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863.

MILLÁN, Gustavo Ortiz. Nussbaum on the cognitive nature of emotions. In: *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofia*, vol. 39, n. 2, 2016, p. 119-131.

MILLER, William Ian. *The anatomy of disgust*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. In: *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2008, p. 217-235.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRANDA, Marine Carrière de. *Reflexos da Vitimodogmática no Consentimento em Direito Penal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2016.

MOLL, Jorge *et al.* The Neural Basis of Human Moral Cognition. In: *Nature*, vol. 6, 2005, p. 799-809.

\_\_\_\_\_. The Neural Correlates of Moral Sensitivity: A Functional Magnetic Resonance Imaging Investigation of Basic and Moral Emotions. In: *The Journal of Neuroscience*, vol. 22, n. 7, 2002, p. 2730-2736.

MORA, José Enrique. La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. 11, n. 42, 2000, p. 257-272.

NABI, Robin L. The theoretical versus the lay meaning of disgust: Implications for emotion research. In: *Cognition and Emotion*, vol. 16, n. 5, 2002, p. 695-703.

NEUMANN, Ulfrid. A dignidade humana como fardo humano – ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 225-240.

NEVES, João Curado. As emoções no sistema exculpatório do Código Penal Português. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Emoções e Crime: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 169-182.

NIETZSCHE, Friedrich. *On the Genealogy of Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*: vol. 1 – Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

NUSSBAUM, Barbara. Ubuntu: Reflections of a South African on Our Common Humanity. In: *Reflections*, vol. 4, n. 4, 2003, p. 21-26.

NUSSBAUM, Martha. Compassion: The Basic Social Emotion. In: *Social Philosophy and Policy*, vol. 13, n. 1, 1996, p. 27-58

\_\_\_\_\_. *Hiding from Humanity: Disgust, shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *Upheavals of Thought: the intelligence of emotions*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

OLIVERA LA ROSA, Antonio. ROSSELLÓ MIR, Jaume. On the relationships between disgust and morality: A critical review. In: *Psicothema*, vol. 25, n. 2, 2003, p. 222-226.

OPDEBEECK, Hendrik; HABISCH, André. Compassion: Chinese and western perspectives on practical wisdom in management. In: *Journal of Management Development*, vol. 30, n. 7/8, 2011, p. 778-788.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Legislación sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células*. Washington, D.C.: OPS, 2013.

OTERO, Paulo. Disponibilidade do próprio corpo e dignidade da pessoa humana. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 107-138.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PELÈ, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. In: *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, n. 1, 2005, p. 9-13.

PELSER, Adam C. Respect for Human Dignity as an Emotion and Virtue. In: *Res Philosophica*, vol. 92, n. 4, 2015, p. 743-763.

PEREIRA, Miguel Baptista. Modos de presença da Filosofia Antiga no pensamento contemporâneo. In: *As humanidades greco-latinas e a civilização do universal*: actas. Coimbra: Minerva, 1988, p. 209-309.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de Usura. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 70, 1975, p. 313-326.

POSNER, Richard A. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POST, Stephen G. The Tradition of Agape. In: POST, Stephen G.; UNDERWOOD, Lynn G.; HURLBUT, William B. (Eds.). *Altruism and Altruistic Love: Science, Philosophy, and Religion in Dialogue*. Nova York, Oxford University Press, 2002, p. 51-64.

PRINZ, Jesse J. Against Empathy. In: *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 49, 2011, p. 214-233.

\_\_\_\_\_. Constructive sentimentalism: legal and political implications. In: *Nomos*, vol. 53, 2013, p. 3-18.

PRINZ, Jesse J. Ethics and Psychology. In: SKORUPSKI, John (Ed.). *The Routledge Companion to Ethics*. Nova York: Routledge, 2010, p. 384-396.

\_\_\_\_\_. *The emotional construction of morals*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PULLMAN, Daryl. Human dignity and the ethics and aesthetics of pain and suffering. In: *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 23, n. 1, 2002, p. 75-94.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RÍO VILLEGAS, Rafael del. Benevolencia y Compasión. In: *Cuadernos de Bioética*, vol. XXV, 2014, p. 99-103.

ROLSTON III, Holmes. Human Uniqueness and Human Dignity: Persons in Nature and the Nature of Persons. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics*: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics. Washington, The President's Council on Bioethics, 2008, p. 129-153.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Émile, ou De l'éducation*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1854.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal*: Parte General – Tomo I. Madri: Editorial Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 433-448.

\_\_\_\_\_. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 1, 2013, p. 7-43.

ROYZMAN, Edward B.; SABINI, John. Something it takes to be an emotion: The interest case of disgust. In: *Journal for the Theory of Social Behaviour*, vol. 31, n. 1, 2001, p. 29-59.

ROZIN, Paul *et al.* The CAD Triad Hypothesis: A Mapping Between Three Moral Emotions (Contempt, Anger, Disgust) and Three Moral Codes (Community, Autonomy, Divinity). In: *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 76, n. 4, 1999, p. 574-586.

ROZIN, Paul; HAIDT, Jonathan; MCCAULEY, Clark R. Disgust. In: LEWIS, Michael; HAVILAND-JONES, Jeanette M.; BARRETT, Lisa Feldman (Eds.). *Handbook of emotions*. 3. ed. Nova York: The Guilford Press, 2008, p. 757-776.

RUEFF, Maria do Céu. Legis artis, fim de vida, compaixão, direito penal. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). *Emoções e Crime*: Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2013, p. 183-201.

RULLI JUNIOR, Antonio; CALANDRA, Henrique Nelson. Direitos humanos e reinserção social. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 323-332.

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCARANTINO, Andrea. Insights and Blindspots of the Cognitive Theory of Emotions. In: *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 61, n. 4, 2010, p. 729-768.

SCHULMAN, Adam. Bioethics and the Question of Human Dignity. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam; MERRILL, Thomas W. (Eds.). *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*. Washington, The President's Council on Bioethics, 2008, p. 3-18.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? In: *Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, 2012, p. 47-70.

\_\_\_\_\_. O Direito Penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 69-90.

SHWEDER, Richard A. *et al.* The “Big Three” of Morality (Autonomy, Community, Divinity) and the “Big Three” Explanations of Suffering. In: BRANDT, Allan M.; ROZIN, Paul (Eds.). *Morality and Health*. Nova York: Routledge, 1997, p. 119-169.

SINGER, Tania; LAMM, Claus. The Social Neuroscience of Empathy, In: *Annals of the New York Academy of Sciences*, vol. 1156, n. 1, 2009, p. 81-96.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. Londres: A. Miller, 1790.

SOARES, Antônio Jorge. O problema da simplicidade no âmbito da ciência. In: *Direito e liberdade*, v. 9, n.2, 2008, p. 9-20.

SOARES, Hugo Leonardo Chaves. *Aborto e paternidade: um novo paradigma a partir dos sujeitos da escolha*. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

\_\_\_\_\_. *O nojo como fundamento para a criminalização de condutas*. Relatório de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2015.

SOARES, Hugo Leonardo Chaves; COSTA, Luiz Antonio Moraes Lento Peixoto da; GUIMARAES NETO, Silvio Leite. O tratamento penal luso-brasileiro do discurso de ódio no pós-guerra: reflexões a partir do filme *Schwarzfahrer*. In: SILVA, Matheus Passos (Coord.); SANTOS, Ruth Maria Pereira dos; BERNARDO, Caroline Costa. (Orgs.). *Anais do II Congresso Luso-Brasileiro do NELB*. Ebook. Brasília: Vestnik, 2015.

SOLOMON, Robert C. Justice v. vengeance: on law and the satisfaction of emotion. In: BANDES, Susan (Ed.). *The passions of law*. Nova York: New York University Press, 1999, p. 123-148.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 2. ed. 6. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

STARLING, Sheyla Cristina da Silva. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2016, p. 357-363.

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: PoD e Editora PUC-Rio, 2014, p. 109-136.

TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, 1969, p. 257-270.

TAVARES, Rodrigo de Souza. *Direito e sensibilidade: Uma abordagem sentimentalista das relações entre Direito e Moral*. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. Libertarian Paternalism. In: *American Economic Review*, vol. 93, n. 2, 2003, p. 175-179.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In: CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (Orgs.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*: vol. I. Coimbra: Almedina, 2008, p. 139-164.

VRANAS, Peter B. M. I ought, therefore I can. In: *Philosophical Studies*, vol. 136, 2007, p. 167-216.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WRANGHAM, Richard. Killer Species. In: *Daedalus*, vol. 133, 2004, p. 25-35.

XU, Xiaojing *et al.* Do You Feel My Pain? Racial Group Membership Modulates Empathic Neural Responses. In: *The Journal of Neuroscience*, 2009, vol. 29, p. 8525-8529.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: vol I – Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.